This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

B.C. April 1925

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 27 1921

France

A Monsieur Paul Viollet
Bibliothécaire de l'École
de Droit de Paris
Hommage respectueux
de l'Auteur
Paul Gonnet-Lucas

ÉTUDE

SUR

LA VÉNALITÉ DES CHARGES ET FONCTIONS PUBLIQUES

ET SUR CELLE DES OFFICES MINISTÉRIELS

DEPUIS L'ANTIQUITÉ ROMAINE JUSQU'A NOS JOURS

DROITS DE REPRODUCTION ET DE TRADUCTION RÉSERVÉS

ÉTUDE

SUR

LA VÉNALITÉ DES CHARGES ET FONCTIONS PUBLIQUES

ET SUR CELLE DES OFFICES MINISTÉRIELS

DEPUIS L'ANTIQUITÉ ROMAINE JUSQU'A NOS JOURS

PRÉCÉDÉE D'UNE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PAR

PAUL LOUIS-LUCAS

AVOCAT, DOCTEUR EN DROIT,
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE LA *Société de Législation comparée* ET DE LA *Société de l'Histoire de France.*

« Il faut éclairer l'histoire par les
« loix, et les loix par l'histoire. »
(Montesquieu, *De l'esprit des loix*,
liv. XXXI, chap. II *in fine*.)

TOME PREMIER

PRÉFACE — INTRODUCTION GÉNÉRALE — DROIT ROMAIN

PARIS
ERNEST THORIN, ÉDITEUR
Libraire du Collége de France, de l'École normale supérieure,
des Écoles françaises d'Athènes et de Rome
7, RUE DE MÉDICIS, 7
1883

92
FRANC
LOU

JUN 27 1921
6/27/21

PRÉFACE.

LEGE, QUÆSO !

Lorsque, le 31 juillet 1882, je présentai à la Faculté de droit de Paris, comme Thèse de Doctorat (1), les deux premiers volumes de cette *Étude* (2), je les fis précéder d'une adresse à mes MAÎTRES, où j'exprimais les sentiments que je ressens pour eux avec trop de sincérité, pour ne pas en reproduire ici la teneur intégrale. En voici textuellement les termes :

A MES MAÎTRES AIMÉS ET VÉNÉRÉS

Je dédie ce livre, fruit d'un long travail et de patientes recherches juridiques.

Puissent-ils, malgré ses imperfections, ne pas le juger

(1) Le Jury était ainsi composé : M. Beudant, Professeur, Doyen de la Faculté, Président; MM. Garsonnet et Cauwès, Professeurs, Lefebvre et Henry Michel, Agrégés, suffragants. Je suis redevable à plusieurs de ces Messieurs de très-utiles observations : de presque toutes je tirerai profit dans cette préface même ; il en est une, toutefois, émanée de M. Lefebvre, et relative au caractère immobilier des offices vénaux de notre ancien droit français (voy. t. 2, pp. 130 et suiv., note), qui trouvera sa place plus naturelle au cours de mon troisième et dernier volume.

(2) Peut-être trouvera-t-on qu'en cela mon travail a excédé les bornes ordinaires d'une THÈSE. Il me sera facile d'écarter la critique sur ce point. Je m'appuierai sur cette considération première que, si ce n'est pas, à la vérité, la longueur d'une œuvre qui en constitue le mérite et les qualités éminentes, on ne saurait non plus affirmer sans erreur et sans exagération que la brièveté est l'apanage exclusif et l'indice infaillible de toute thèse absolument sérieuse. Mais je préfère invoquer en ma faveur un passage du discours que prononça M. Colmet-Daage, alors Doyen de ma chère Faculté, le 2 août 1875, à l'ouverture de la séance solennelle tenue à l'Ecole à l'occasion de la distribution des prix : « Aujourd'hui », disait-il, « les thèses de nos docteurs

indigne de l'enseignement que j'ai puisé dans leurs savantes leçons ! Elles ont décidé de ma vocation et de mon avenir.

Puissent-ils trouver dans cette Étude un témoignage irrécusable de la reconnaissance profonde que je leur ai vouée !

A une longue préface j'ai préféré la simple et franche expression des sentiments de gratitude et de respectueuse affection qu'ils ont su m'inspirer et dont je suis pénétré.

Ce qui vient du cœur se dit en peu de mots, et je devrais en rester là : mais ils m'en voudraient eux-mêmes, si je n'associais ici, comme ils resteront avec les leurs, unis et confondus dans mon esprit par une pensée pieuse, les noms de leurs Confrères qui ne sont plus, l'illustre Monsieur Valette (3) *et l'éminent Monsieur Gide* (4), *deux des gloires les plus pures et les plus chères de l'École de Paris.*

PAUL LOUIS-LUCAS.

Paris, le 29 juillet 1882.

Cette dédicace, j'ai d'autant plus à tâche de la maintenir aujourd'hui en livrant mon œuvre à la publicité, qu'avant tout, je désire ne pas être taxé de ressemblance avec ces enfants ingrats dont parle La Bruyère, qui, devenus drus et forts d'un bon lait qu'ils

---

sont souvent des volumes. Elles dénotent toujours un travail considérable; elles forment quelquefois des monographies d'une valeur réelle; quelques-unes enfin, œuvres remarquables, méritent les honneurs de la publicité, et, revues, augmentées par leurs auteurs, prennent place dans la bibliothèque des jurisconsultes. » (Voy. la p. 8 du Palmarès; concours de 1874 et de 1875.) Certes, en entreprenant ma tâche, je n'aspirais pas si haut, et mes visées étaient beaucoup plus modestes; je tenais simplement à ne pas faire nombre avec ceux qui, ne sentant pas tout le prix de ces paroles, tout le stimulant de ces belles promesses, ne se font pas les échos empressés des premières, et les zélés partisans des autres.

(3) M. Valette est décédé à Paris le 10 mai 1878, à l'âge de 73 ans.

(4) M. Gide a été enlevé à la science, à sa famille, à ses amis, à ses élèves, le 28 octobre 1880, à Paris. Il n'était âgé que de 48 ans !

Dulce decus nostrum, te mors invisa vigentem
« Virtutes numerans credidit esse senem ! »

ont sucé, battent leur nourrice (5), et que j'ai souci de rendre hautement hommage à l'École d'avoir fait naître en moi, au cours de mon éducation juridique, l'impérieux besoin d'apprendre, de connaître et de savoir, besoin qui, seul, est capable d'engendrer un zèle véritable pour le travail et pour la science.

Mais si, sur l'avis de mes MAÎTRES, dont je tenais tout d'abord à connaître l'appréciation autorisée et à obtenir l'assentiment, je puis, sans trop de témérité, faire affronter à mon œuvre l'épreuve toujours redoutable du grand jour, il me semble que son succès sera mieux assuré, lorsque, pour la présenter au public, je l'aurai en outre placée sous l'égide de ceux qui me sont chers.

Qu'il me soit donc ici permis de la faire agréer à tous ceux qui, de près ou de loin, ont des droits à mon affection, à ma reconnaissance, à mon respect. Qu'il me soit surtout donné de l'offrir à mes deux parents bien-aimés, envers qui je me sens redevable de tant de bienfaits :

A l'un, guide et soutien de mes travaux les plus ardus, mon conseiller et mon confident de tous les instants, mon collaborateur assidu de tous les jours, et, pourquoi ne pas le dire ? mon plus intime et mon plus sincère ami, — ce titre étant le seul qui puisse vraiment cadrer avec celui de *condisciple honoraire* auquel il s'est si largement prêté (6), — je dois cet enseignement moral

---

(5) Voici, dans son intégrité, le passage que nous visons : « On se nourrit des anciens et des habiles modernes, on les presse, on en tire le plus que l'on peut, on en renfle ses ouvrages; et quand enfin l'on est auteur, et que l'on croit marcher tout seul, on s'élève contre eux, on les maltraite, semblable à ces enfants drus et forts d'un bon lait qu'ils ont sucé, qui battent leur nourrice. » (La Bruyère, LES CARACTÈRES OU LES MŒURS DE CE SIÈCLE, *Des Ouvrages de l'esprit*, 15, t. 1er, p. 117 des *Œuvres*, dans la collection des *Grands Écrivains de la France*, Paris, Hachette et Cie.)

(6) Mon père, — je ne sais en vérité si je suis plus fier qu'heureux de le révéler, — a bien voulu se condamner à la tâche parfois bien lourde (*arduum opus !*) de déchiffrer et de recopier mon manuscrit....., et, je l'avoue humblement, quel manuscrit ! Pas un mot de ce qui a été livré à l'imprimeur, pas même cette Préface, n'est sorti d'une autre main que de la sienne. Ingrat pour beaucoup, l'intelligence du copiste a su tempérer l'aridité d'un semblable travail. Il ne se bornait pas, en effet, à reproduire mon texte : il voulait le comprendre, pénétrer dans ma pensée, et bien souvent il lui est arrivé, en stimulant mon zèle, d'appeler mon attention sur des points de détail, à la correction desquels j'ai souscrit avec empressement. Sa discussion m'a parfois éclairé;

qui fait aimer l'étude, ouvre à l'homme les voies de l'honneur et de la probité, et, pour me servir de l'une de ses expressions, l'empêche de grossir la tourbe des inutiles ;

A l'autre, modèle parfait des vertus simples et modestes, type idéal du dévouement et de l'amour maternel, mon culte pour les choses saintes, mes aspirations au bien, le développement des idées philosophiques et religieuses, dont elle a déposé le germe dans mon cœur pendant mon enfance ;

Aux exemples, aux préceptes, aux leçons de tous deux, je dois, avec mon respect du bien d'autrui, un inaltérable amour pour Dieu, la patrie et la famille.

Qu'auprès de mes père et mère, ces *duæ partes meî*, se groupent autour de moi, pour recevoir mon livre, comme le gage assuré de mes sentiments d'affectueuse déférence, — d'amicale et sympathique cordialité, — de respectueuse gratitude, tous ceux des membres de ma famille qui n'ont pas cru déroger, en conservant avec moi (seul des petits-enfants d'un homme éminent dans la pratique notariale, qui ait embrassé la carrière juridique) l'intimité des liens étroits que l'aïeul défunt avait si souvent, pendant sa vie, fait jurer à sa postérité de ne jamais distendre après sa mort.....

« Mais où sont les neiges d'antan ! » (7),

et

« .... *Quid non mortalia pectora cogis,*
« *Auri sacra fames!...* » (8) ;

— tous mes amis, dont l'aménité des rapports et la sûreté du commerce me sont si précieuses ; — toutes les personnes si nombreuses enfin qui ont bien voulu mettre leurs conseils au service de mon inexpérience, leur dévouement empressé, leur gracieux

---

elle m'a fait éviter quelques erreurs. J'ai, de ce chef, contracté envers lui une dette d'inaltérable reconnaissance. Que Dieu permette à sa verte vieillesse de percevoir encore longtemps ici-bas les arrérages bien doux à servir de cette rente irrachetable !

(7) François Villon, *Ballade des dames du temps jadis.*

(8) Virgile, *Enéide*, lib. III, v. 56 et 57.

concours et les opulents trésors de leur science, de leurs livres, et de leurs bibliothèques à la portée de mes besoins : les nommer toutes me serait impossible, et plus impossible encore de faire un choix entre elles. Ayant devant mes sentiments de reconnaissance des droits égaux, elles comprendront aisément la discrétion que j'apporte en ne faisant pas à chacune sa part distincte et séparée, et elles sauront interpréter à leur juste mérite mon silence et ma réserve.

Si modeste que soit l'offre de mon *Étude*, je les prie toutes,

« *Par* cette voix du cœur qui seule au cœur arrive » (9),

de la vouloir bien accepter, persuadé que je suis qu'elles la tiendront pour plus agréable qu'un remerciement vulgaire et de commande,

«..... avec soin ajusté
« Dans l'atelier commun de la banalité » (10),

et que le meilleur moyen de compenser l'insuffisance du présent, c'est encore de le placer sous leurs bienveillants auspices.

Qu'il me soit, en dernier lieu, donné de déposer, à titre de pieux hommage, le fruit de mon premier travail d'auteur, sur la tombe de ceux—parents, amis ou maîtres — qui m'ont aimé dans moi-même ou dans les miens et qui ne sont plus. Rien ne m'est aussi doux que de songer qu'il en est, parmi eux, qui auraient été heureux de lire ces pages (11), et, partant, rien ne saurait m'être plus consolant que de les leur dédier.

---

(9) Alfred de Musset, *A la Malibran*, stance XVIII, v. 5.

(10) Jacques Normand, *A Beaumarchais, sub fin.*; dans son recueil intitulé *Paravents et Tréteaux* (Paris, Calmann Lévy, 1881, 1 vol. in-8°), p. 168 *sub fin.*

(11) Je fais ici spécialement allusion à la mémoire de mon regretté cousin, M. Jacques-Gustave Robert de Chenevière, né à Issoudun, qui a fourni la plus grande partie de sa carrière judiciaire à Bourges, où il a occupé, de longues années durant, le siège de Chef du Parquet de la Cour, et qui est décédé à Paris, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, le 8 mars 1882. Il m'a honoré jusqu'à sa mort d'une affection dont je conserverai toujours un pieux souvenir, et bien des fois il m'a laissé entrevoir son impatience de lire un travail auquel il portait le plus grand intérêt. — Il est une autre famille à laquelle je pense, et que je pourrais presque revendiquer comme étant mienne, par l'affection qui, pendant plusieurs générations, l'a unie à mes parents paternels, la famille Nepveur

A vous surtout s'en vont ces lignes, mes vénérés ancêtres, qui, dans votre long exercice de magistrat et de notaires (12), avez trouvé le difficile secret d'ajouter au prestige de votre ville natale, de cette noble cité de Reims, qui est notre berceau commun, grâce à votre admirable constance dans la pratique des vertus, à l'élévation de votre caractère, à la prodigalité sans cesse renaissante et toujours incorrigible de votre dévouement, à la multiplicité de vos bons offices, tant de fois mis à l'épreuve et jamais lassés, à l'étendue de vos mérites, de vos connaissances et de vos talents, à votre inébranlable fermeté dans le bien, le juste et le droit; grâce, en un mot, à tout ce cortège de beaux et grands exemples que vous avez semés sans compter, et auxquels vous avez eu l'habileté de puiser l'honneur de votre vie tout entière. Puissent-elles, en rappelant à nos concitoyens votre chère mémoire, vous être garantes que tous mes efforts tendront à m'associer aux solides principes que vous m'avez légués, et, par

de Douai. L'un de ses membres les plus distingués, M. Alexandre Nepveur, est mort Premier Président à la Cour de Dijon. Il aimait particulièrement mon père qui conserve de sa sympathie pour lui de précieux témoignages écrits. Son gendre, écrivain de mérite, occupe un siège à la Cour de Paris, et son frère, M. Louis Nepveur, vénérable octogénaire, Conseiller honoraire à la Cour de Rouen, a rempli jusqu'à ces derniers temps les fonctions de premier adjoint dans cette grande ville. Bien des fois il a témoigné à mon père du désir de connaître mon travail. Puisse-t-il lui faire l'honneur de l'accueillir favorablement!

(12) Mon arrière-grand-père paternel, M. J.-B. Dessain de Chevrières, né et mort à Reims, après avoir siégé au Présidial de cette ville, fut, pendant de longues années, à la tête de son Parquet. Sollicité à plusieurs reprises par ses chefs et par ses amis, jaloux de voir récompenser ses longs et loyaux services, de quitter son ressort pour revêtir la robe rouge de Conseiller à la Cour de Paris, il poussa l'amour de ses concitoyens jusqu'à refuser obstinément les offres qui lui étaient faites. Il s'acharna avec un très-louable désintéressement à terminer sa carrière au milieu d'eux, estimant qu'un Magistrat est moins utile aux justiciables qu'il finit par quitter après n'avoir cessé de livrer à l'avancement une chasse toujours intempestive, que celui qui, dans un but d'intérêt social sagement entendu, préfère sacrifier l'acquisition d'un titre plus élevé pour demeurer au sein de son gouvernement judiciaire; car il peut ainsi connaître à fond les mœurs et les coutumes des habitants, juger leur caractère, comprendre leurs besoins, apprécier la légitimité de leurs revendications, et acquérir de la sorte une très-heureuse influence, qu'on s'est trop souvent et bien à tort plu à considérer comme étant dans tous les cas pernicieuse.

Mon arrière-grand-père maternel, M. Marguet, fut notaire à Reims, et son fils, M. J.-B. Marguet, lui succéda : tous deux moururent notaires honoraires. La science et la droiture de mon aïeul lui ont conquis, avec l'estime universelle, une réputation considérable qui lui a survécu, et que rien n'a fait pâlir.

cette participation même, à me rendre digne de vous ! Puissent-elles aussi m'autoriser à me couvrir de votre nom, pour me faire ouvrir les portes de notre bibliothèque municipale, afin de prier la Ville de Reims, à qui nous avons voué notre mutuel amour et où nous comptons tant de sympathies et d'affections réciproques, de donner le droit d'asile à mon *Étude*, et, en agréant cet humble dépôt comme la marque non équivoque de ses sentiments pleinement dévoués, de fournir ainsi à l'un de ses enfants le plus cordialement attaché au lieu de son origine, le moyen précieux d'y perpétuer votre souvenir !

Il me reste, maintenant que me voilà fortifié par l'entourage de toutes ces garanties, maintenant que je me suis mis à l'ombre de toutes ces protections, il me reste une obligation non moins stricte que les précédentes à remplir, et c'est envers vous, Lecteur, qui êtes appelé à me juger, que je l'ai contractée. Je dois vous indiquer quel est le but de ce livre, et, en vous initiant à la pensée qui l'a dicté, vous en décrire le plan d'une façon sommaire.

La première question, sans doute, que vous vous êtes posée en jetant les yeux sur le titre de mon travail, a été celle-ci :

Une nouvelle étude sur la vénalité des charges et fonctions publiques et sur celle des offices ministériels était-elle vraiment nécessaire, utile même, en présence des nombreux et éminents travaux dont cette intéressante partie de notre droit a, depuis longtemps déjà, été dotée ?

Si ma présomption est exacte quant à la question, Lecteur, n'ayez souci que je cherche à esquiver la réponse : j'en ai, et des meilleures, je l'espère, à vous proposer.

Ignorez-vous, tout d'abord, que le raisonnement d'un auteur n'est pas celui de tout le monde, et ne savez-vous pas que, dans la persuasion souvent aveugle où il se trouve que son œuvre est attendue avec impatience et qu'elle va rendre au public un service signalé, il l'élabore, à grand'peine parfois, sans se douter que le public ne sentira pas aussi vivement *la grandeur du bienfait,* et

qu'il mesurera sa gratitude, légère à sa conscience, au maigre profit qu'il est destiné à en tirer ?

Mais, laissant de côté ce point de vue trop humoristique pour vous sembler absolument décisif, je m'empresserai d'ajouter, et ce sera pour moi la circonstance de toutes la plus atténuante, si vous partagez mon avis, ce que je souhaite, que, si le degré des connaissances acquises sur un sujet déterminé devait être exactement proportionné au nombre des volumes auxquels il a donné naissance, il est évident que ce travail serait d'une parfaite inutilité. Grâce à Dieu, c'est moins là un axiome qu'une sorte de maxime courante et de dicton populaire dont la justesse reste tout entière à démontrer, et il n'est personne qui ne reconnaisse l'exagération de ce prétendu principe, au fond duquel se cache, en réalité, beaucoup moins l'expression d'une vérité absolue, que l'image d'un plaisant paradoxe. C'est principalement dans la matière dont je me suis proposé l'examen scrupuleux et attentif, qu'il faut se défier d'une confiance trompeuse en soi-même et en autrui, et qu'il convient de ne pas regarder la quantité des écrits de toute espèce, parus sur ce sujet, comme l'indice infaillible de sa divulgation universelle, et de la science intime et approfondie que chacun doit dès lors en avoir. Je n'en veux pas d'autre témoignage, que ce fait incontestable, qu'à l'heure actuelle encore, bien des gens, entraînés par un fatal engouement ou par le besoin irréfléchi d'une popularité mal entendue, parlent, discutent et proposent sur le sort des charges dites vénales, sans s'être, au préalable, rendu un compte bien exact des assertions qu'ils émettent.

Le très-grave et très-délicat problème de la vénalité des offices ministériels, qui forme une des faces, — et non la moins embarrassante, — de la question sociale, menace, à brève échéance peut-être, de redevenir l'objet des discussions parlementaires. Or, j'estime qu'il serait utile de ne le reprendre qu'après s'être fait une idée nette, précise et raisonnée de l'état actuel des choses. Tel est, Lecteur, le motif qui, sans revenir ici sur des considéra-

tions personnelles de vous devinées, déjà assez puissantes par elles-mêmes pour m'entraîner dans cette voie, m'a porté à composer cette œuvre, dont le but principal est d'étaler à nu sous vos yeux la situation vraie, afin de mettre entre vos mains des éléments sérieux de solution.

Certes, la route se trouvait d'ores et déjà tracée, et j'aurais mauvaise grâce à me flatter de l'audacieux espoir de l'avoir parcourue avec le même succès que mes devanciers.

Contraint de me mesurer avec eux, je me vois, nouveau Salius, réduit, en présence de ces Nisus modernes, à répéter avec Virgile :

« *Proximus* HIS, *longo sed proximus intervallo,*
« *Insequitur Salius...* » (13)

Mais si, *venu trop tard dans un monde trop vieux*, il ne m'était plus donné de tenter une création de toutes pièces, rendue dès longtemps impossible sur ce point, création qui, d'ailleurs, je le dis avec franchise et sans honte, aurait surpassé mes très-modestes forces, toutefois, bien que l'édifice semble porter les empreintes de sa perfection dernière, je l'ai cru susceptible de recevoir encore des modifications de genres très-divers. De telle sorte qu'en évitant ainsi un premier écueil, celui d'endosser le poids beaucoup trop lourd d'une paternité complète, je suis parvenu à échapper à un danger non moins redoutable, à mes yeux, que le premier : celui de me jeter dans les liens d'une servile assimilation. Tenter d'égaler, en essayant d'imiter, rien de mieux : mais se rendre le trop fidèle écho des pensées d'autrui, c'est risquer très-fort de se confisquer à soi-même, avec son indépendance d'esprit, sa liberté d'allures et d'étude ; c'est, pour tout dire, aboutir à la triste et déplorable négation d'un travail personnel et intègre. Aussi bien, quoique j'aie été dans l'inéluctable nécessité de ne point entreprendre ma tâche sans la mettre sous l'imposante protection du passé, quoique je me sois vu contraint

(13) *Enéide,* lib. V, v. 320 et 321.

d'étayer mon œuvre par des travaux antérieurs, je n'en suis pas moins toujours demeuré fidèle à moi-même, et, fort d'une faiblesse qui a souvent trouvé son abri sous de si précieux ombrages, je me suis constamment efforcé d'en vaincre les funestes effets, en imprimant à mon livre le cachet de ma propre originalité. Que si, pourtant, certains poussaient l'austérité jusqu'à me tenir grief de m'être servi de modèles, je leur répondrais avec le poète :

« .....
« Rien n'appartient à rien, tout appartient à tous.
« Il faut être ignorant comme un maître d'école
« Pour se flatter de dire une seule parole
« Que personne ici-bas n'ait pu dire avant vous.
« C'est imiter quelqu'un que de planter des choux. » (14)

Au demeurant, qu'ils se rassurent, ces timorés du plagiat : ils n'ont point à faire avec l'auteur à un concussionnaire des richesses scientifiques étrangères dont il s'est plu à s'entourer. Malgré la variété si multiple des ouvrages qui s'occupent des offices ministériels, malgré la multitude innombrable des écrits de toutes sortes qui peuplent en foule la bibliographie de la matière (15), malgré l'infinie diversité des idées qui en ont inspiré les auteurs, et qui se sont pressées jusqu'ici dans des milliers de pages, dont une haute distinction a su parfois couronner l'éclatant mérite (16), il est néanmoins facile, estimé-je, de trouver le moyen, sans rien négliger, de rester toujours soi.

« Dans l'étude du droit, on ne sait jamais tout », disait, le 25 juin 1875, en terminant son cours de troisième année, mon très-aimé Professeur et Doyen, M. Beudant. Volontiers serais-je porté, m'inspirant de la même pensée, à répéter après lui que, dans un traité relatif aux offices, on omettra toujours quelque chose. Dans une mine aussi riche, comment éviter que l'exploitation, la plus

(14) Alfred de Musset, *Namouna*, CHANT DEUXIÈME, IX, v. 2 et suiv.

(15) J'ai dressé ce tableau bibliographique en tête de mon troisième volume, ainsi que je vais avoir l'occasion de le dire dans quelques instants.

(16) C'est ainsi que la Faculté de droit de Rennes et l'Académie de Législation de Toulouse ont décerné une palme à l'ouvrage de M. E. Durand, que je signale au début de mon troisième volume, *Parenthèse bibliographique*, n° 35, p. 15.

vaste et la mieux ordonnée qu'on la suppose, ne laisse pas involontairement à l'écart quelque filon qui se dérobe? Et c'est justement là ce qui s'est à maintes reprises présenté, avec des mesures et des nuances, il est vrai, très-variables, mais au fond très-appréciables, dans les publications de mes prédécesseurs. Pour ne parler ici que des auteurs qui ont fait de la matière une étude complète, — car il est de toute évidence que je ne puis m'attaquer qu'à ceux-là, les écrivains de simples monographies, quelles qu'elles soient, n'ayant voulu aborder qu'un point de vue spécial, — je prends la liberté de leur adresser à tous le reproche de n'avoir fixé leur attention que sur un aspect particulier de la question. C'est ainsi que les publications auxquelles je fais allusion, ont étudié les offices chacune à un point de vue presque exclusif, ne consacrant aux autres, et notamment à l'histoire, que des développements tout à fait insuffisants. Or, ne prendre la théorie des offices que par son seul côté soit philosophique, soit législatif, soit économique, soit politique, soit spéculatif, soit doctrinal, soit pratique, c'est, à mon sens, rapetisser le vaste horizon que présente la question, et ne visiter qu'une portion du domaine de la vénalité, malgré l'intention que l'on affiche de le parcourir tout entier. Il y a mieux : c'est parfois ne considérer de la législation des offices que ce qu'elle offre de superficiel, et, partant, d'éphémère. Dans tous les cas, cette méthode est inexacte, parce qu'elle est trop absolue, et, ce qui est bien pis encore, c'est que ce procédé peut devenir très-dangereux, si l'on ne prend garde, avec le plus grand soin, et avec la plus énergique résolution, de se dégager de tout esprit de parti.

Aussi mon premier soin a-t-il été de me montrer plus encyclopédiste, et de réparer, autant qu'il a été en moi, les omissions qui m'ont le plus frappé dans les œuvres antérieures, comme de fixer mon attention d'une manière toute spéciale sur tout un ensemble de points trop légèrement touchés à mes yeux, et dont l'importance me paraissait nécessiter un surcroît d'examen ; convaincu par avance, au surplus, que, quelque soin que j'aie apporté

à combler bien des lacunes, j'ai laissé se glisser encore bien des oublis, à raison même de l'étendue de la carrière que je m'étais imposé de fournir.

Rien de plus complexe, en effet, que les principes soulevés et mis en jeu par ce très-célèbre problème social, principes dont plusieurs, pour colorer une idée essentiellement vraie à l'aide d'une expression fort heureuse, « se sont succédé dans les lois sans autre cause de la part du législateur que celle tirée de cet éternel besoin de changement qui est comme la vie des sociétés, qui serait la voie certaine de la perfection si, en France surtout, elle ne s'appliquait au bien comme à ce qui est défectueux ou mauvais. » (17) Mais il faut s'empresser d'ajouter que, si c'est cette complexité qui constitue l'indéniable difficulté du sujet, c'est elle, en même temps, qui en fait toute la majesté et toute la grandeur.

Pour atteindre le but que je me suis proposé, voici, à présent, Lecteur, l'esquisse très-rapide du plan fort simple que j'ai suivi dans cette *Étude*, qu'il était très-difficile de songer à aborder, sans lui donner les développements naturels qu'elle comporte. On ne resserre pas l'infini dans les limites d'une étroite conception, et c'est, pour tout dire d'un mot avec le Cardinal de Polignac, c'est vouloir tenter l'impossible et lutter avec lui

« *Quàm rem infinitam brevibus comprendere chartis.* » (18)

Prenant donc comme point de départ cet axiome fondamental que l'histoire est le flambeau du droit, je m'en suis servi comme d'un foyer lumineux dont j'ai sans cesse pris soin de projeter les rayons sur cette matière.

C'est ainsi, qu'après une *Introduction générale* préliminaire, où j'essaie de préciser le sens des mots, de proposer quelques définitions d'une importance capitale, de déterminer les carac-

---

(17) Dalloz, *Rép.*, mot FONCTIONNAIRE PUBLIC, n° 52.
(18) *Anti-Lucretius*, lib. I, v. 6.

tères distinctifs des fonctionnaires publics, des officiers publics et des officiers ministériels, d'indiquer les intérêts pratiques qui s'attachent à leur distinction, et de délimiter le terrain exact sur lequel j'entends désormais me placer, j'ai consacré mes deux premiers volumes à la recherche de ce qu'a été la vénalité dans l'Antiquité romaine et dans notre ancienne France coutumière.

Ecrire sur la vénalité des offices sans en demander l'origine à l'histoire, ce serait, ai-je pensé, s'exposer au double péril fort grave de ne point rester fidèle à la tradition, et de ne pas bien saisir, par suite, ce qu'il convient d'entendre exactement de nos jours par ce mot fameux qui a tant fait parler de lui. Je n'ignore pas que certains praticiens à outrance ne manqueront pas de blâmer, comme plusieurs l'ont déjà fait, cet acheminement lent et graduel vers notre droit moderne, taxant d'inutile le retard très-volontaire que j'ai mis à y parvenir, et de complètement surannés les développements que je consacre à la partie historique, ce péristyle indispensable d'après moi à l'édifice de notre législation actuelle. Mais ils oublient, ces contempteurs forcenés *temporis acti*, qu'il aurait été pour le moins bizarre de ne point parler du passé dans un sujet où le passé a une part si grande, que dis-je ! dans un sujet tout entier fait et comme pétri de tradition et d'histoire. Ils méconnaissent, du reste, ce principe que la science est un peu comme l'homme, *omnivore :* elle ne se nourrit pas d'un aliment unique, et si, sans doute, il ne lui est pas aisé de vivre simplement de théorie, il lui serait tout aussi malaisé de se soutenir seulement soit avec les faits journaliers que le droit méconnu ou contesté engendre, et que de légitimes revendications ou l'esprit de chicane portent devant la justice, soit avec des actes de procédure ou autres, des plaidoyers, des jugements et des arrêts. Ne leur en déplaise : quoi qu'ils en disent, la doctrine et la pratique sont et resteront sœurs, et continueront toujours à s'entr'aider mutuellement. Il n'est pas de jour où l'une ne fasse appel à l'autre (19). C'est donc à très-bon escient que je me suis,

(19) Je n'en veux d'autre preuve que les savantes conclusions que vient de prendre

de propos longuement et mûrement délibéré, refusé à me placer exclusivement à notre époque moderne, estimant, ils me permettront bien de persister dans cette *erreur*, que, s'il faut vivre de son temps, ce n'est pas là une raison suffisante pour affecter d'ignorer de quelle façon s'y est pris le passé pour forger le présent.

Aussi bien, pour éviter le procédé trop brusque d'une génération spontanée, que tout dément, en cette étude surtout, où tout a sa raison d'être historique, et où rien n'a été tiré du néant, ai-je pris l'office à sa naissance, ou plutôt, pour demeurer dans les termes d'une plus stricte vérité, ai-je considéré la vénalité au berceau.

Puis, suivant les fluctuations de cette législation *ondoyante et diverse* dans ses transformations successives, grandissant avec elle, je l'ai envisagée dans les différents rôles qu'elle a joués dans l'Antiquité, et l'ai peinte avec ses couleurs locales et ses aspects éminemment variés. J'aboutis à cette constatation que, si l'idée de la vénalité des charges et fonctions publiques est de vieille date, ce ne fut cependant pas dans le monde antique que ce germe, créé pourtant dans son sein, fut fécondé et se développa, en ce sens que, si l'antiquité grecque et romaine n'ignora pas les fonctionnaires publics, dont le flot grossissant sans relâche finit même un jour par devenir un fléau si redoutable pour *l'orbis romanus*, à tout le moins la nature de leurs charges ne répondit-elle jamais qu'imparfaitement, et par les traits d'une analogie rarement complète, et, le plus souvent, fort lointaine, à nos offices ministériels actuels. Parfois même, toute trace de ressemblance se perd, et ce n'est plus alors que dans le caractère des fonctions, qu'il devient facile de retrouver la possibilité d'une comparaison, à l'issue de laquelle

---

M. le Procureur général Barbier devant les Chambres réunies de la Cour de cassation, à l'audience solennelle du 2 août 1882 (*Gazette des Tribunaux* des 16-17, 18 et 19 août). Dans la question *éminemment pratique* qui était soumise à la Cour suprême, l'honorable Chef du Parquet a longuement insisté sur le droit ancien, et d'une manière toute spéciale sur le droit romain, qui est surtout en butte aux inconcevables dénigrements d'un grand nombre de représentants, très-autorisés pourtant, de la pratique et du barreau.

on n'est pas sans découvrir par aventure les signes très-apparents d'une identité absolue sous certains rapports (20).

Fermant sur l'antiquité mon premier volume, je franchis les frontières romaines, et me plaçant désormais, dès le début du tome second, sur le sol national, je retrace l'histoire sommaire des offices à travers tout le long cours de notre monarchie, depuis ces temps de décadence, de luttes et de barbarie qui inaugurent chez nous la période Mérovingienne et qui sont malheureusement environnés de ténèbres épaisses que j'ai tenté de sonder, jusqu'à la célèbre nuit du 4 août 1789. C'est dans cette seconde étape, de pure curiosité historique aujourd'hui, il est vrai, mais qui, pour n'être, comme la précédente, que de simple spéculation scientifique, en même temps qu'elle présente un incontestable intérêt et un attrait indéniable, n'en est pas moins marquée, quoi qu'on en puisse prétendre, au coin d'une utilité manifeste, si tant est que l'on désire comprendre la filiation des idées en cette matière, c'est, dis-je, dans cette seconde étape, que l'on assistera vraiment à la procréation coutumière et législative de la vénalité des offices, à la forme première de laquelle la pratique bénéficiale fut loin de rester étrangère et servit même de type originaire. De telle sorte que, si la vénalité, au sens large du mot, prit sa source dans le droit romain, ce fut seulement dans notre ancien droit français que naquit celle des offices proprement dits, et qu'elle poussa ses premières racines, sous l'influence d'impérieuses nécessités financières, et de pressants besoins d'argent que j'ai indiqués avec soin. On verra de quelle façon les difficultés auxquelles se trouvait aux prises la Couronne, harcelée par l'indigence et la pénurie du trésor, enfantèrent cette vénalité spéciale qu'une multitude d'édits bursaux, comme aurait dit Colbert, et d'ordonnances fiscales propagèrent dans des proportions désespérantes, et comment elle devint pour le Roi, en

(20) Voy., à ce sujet, l'Appendice I au DROIT ROMAIN, consacré aux *Ancêtres de nos officiers ministériels* (pp. 617 et suiv. de ce volume), et, en particulier, le n° IV, relatif aux *Commissaires-priseurs* (pp. 671 et suiv.). L'appendice que je viens de viser, corrige ce qu'il pourra sembler, avec assez de raison, y avoir d'exagéré et même d'inexact dans la rédaction de la note 8 de la p. 208 du présent volume.

quête de deniers pour son fisc, l'expédient le plus sûr pour s'en procurer, puisqu'un succès certain se trouvait toujours infailliblement attaché à cet appel de fonds déguisé et coloré.

Une fois enregistrée la naissance de la vénalité et de l'hérédité des offices royaux, leur genèse une fois décrite à grands traits, je recherche à quels principes notre ancien droit soumit leur patrimonialité, de quelle manière ces règles furent interprétées par la jurisprudence , à quelles formules nos vieux auteurs avaient abouti pour la caractériser, mettre en relief ses conséquences, résumer ses résultats, quelles furent, en un mot, la doctrine reçue et la pratiqne suivie à son égard.

Cette lente et pénible filière me conduit, je l'ai indiqué plus haut, jusqu'à la Révolution. Entrant ici dans l'ère de principes tout nouveaux, je me demande quel a été le sort de la vénalité pendant la période qui s'écoula du 4 août 1789 au 28 avril 1816, et qui constitue pour elle le droit intermédiaire.

Rompant avec tout le passé, il n'était que logique à la Révolution de briser aussi avec la vénalité, et c'est ce qui arriva. Les anciennes institutions ne pouvaient pas plus cadrer avec les idées nouvelles, que celles-ci ne pouvaient s'accommoder de celles-là : la nôtre subit la destinée commune, et tomba sous le coup des réformes opérées. Ce que furent ces réformes, les profondes modifications qu'elles entraînèrent, ce que devinrent les offices et leurs titulaires, quels changements mêlés de bien et de mal ils se virent forcés de subir, sous quelles conditions légales ils furent dépouillés de leur droit de disposition, de quelle façon et dans quelle mesure la vénalité des offices, proscrite en droit, se rétablit en fait sous le Consulat et sous le premier Empire : ce sont là autant de questions qui ont été pour moi l'objet d'un examen minutieux, et qui épuisent, en terminant mon second volume, ce que l'on pourrait, avec juste raison, appeler toute la partie morte de la législation relative à la vénalité, et comme la partie épisodique de l'histoire des offices.

Se trouvant ainsi en pleine possession des données historiques,

on est tout naturellement préparé pour aborder l'étude sérieuse de la partie vitale de cette législation particulière. Aussi arrivons-nous logiquement, avec le tome troisième de cet ouvrage (21), à l'étude théorique et pratique de la vénalité, telle qu'elle fonctionne sous nos yeux, c'est-à-dire restreinte aux seuls offices ministériels. Mon plus vif désir ayant été, en composant ce traité, d'en faire l'objet d'une publication utile, afin que ceux qui voudront l'accueillir par une bienveillante lecture puissent y trouver sans peine la plupart des renseignements de doctrine et de pratique dont le besoin peut se faire sentir pour eux, j'ouvre mon troisième et dernier volume par un *Index bibliographique* spécial, aussi complet qu'il m'a été possible de le composer, et qui contient l'énumération de tous les écrits ou recueils de moi connus, ayant directement trait aux offices ministériels, ou pouvant fournir sur la matière de précieuses indications (22).

Je le fais suivre de l'historique de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, auquel nul n'ignore que la vénalité doit sa restauration, et de la liste intégrale et chronologique de tous les nombreux documents législatifs ou gouvernementaux, lois, ordonnances, décrets, circulaires, instructions, lettres ministérielles, etc., relatifs à mon sujet, soit pour la métropole, soit pour nos colonies. A la

---

(21) Ce volume est actuellement sous presse et paraîtra très-prochainement.

(22) Cet *Index bibliographique*, sur l'intérêt et l'agencement duquel s'explique le début du tome 3, contient, notamment, au § 4 de son chapitre III (nos 197 et suiv.), la mention de plusieurs projets de lois concernant les offices ministériels. Est-il besoin de dire ici que je n'ai pas un instant songé à la folle et ambitieuse prétention de les collectionner tous, et que je m'en suis tenu, de ce chef, à ne signaler que ceux, et en particulier les plus récents, qui m'ont paru les plus importants? Les omissions volontaires abondent donc sur ce point, et il m'aurait été fort aisé d'en diminuer le nombre, si je l'avais jugé nécessaire. Si besoin était de prouver mon assertion, il me suffirait de renvoyer à l'*Institut de Législation*, 2e année, 1841-1842, nos 2 et 3; le premier de ces deux nos renferme des extraits d'un rapport présenté à l'*Institut de Législation* le 18 février 1842, par M. Hamon, sur un Projet de loi relatif aux Officiers ministériels; quant au no suivant, il contient des *Projets de loi sur la Vénalité des Offices, précédés d'un exposé des motifs et présentés à l'Institut de Législation, le* 18 *mars* 1842, par M. Le Comte Jelski.

L'observation qui précède s'applique également aux innombrables brochures ou articles de journaux ou de revues, aux notes, etc., qu'il était évidemment impossible de s'acharner à recueillir toutes, sans commettre un seul oubli.

fin de cette nomenclature, se trouve une table analytique, dressée par ordre alphabétique et permettant de se reporter et de recourir sans difficulté au texte que l'on désire consulter.

Qu'il me soit simplement permis d'ajouter ici que, pour opérer tout ce travail général de dépouillement et d'enregistrement, seule partie vraiment originale et essentiellement neuve de ce volume, et destinée, je l'espère, à rendre de grands services, je n'ai épargné ni mon temps ni ma peine, et que je n'ai rien négligé pour la réunion, la classification et le groupement de ses divers éléments.

Cette sorte d'histoire externe de l'article 91 une fois épuisée, j'en aborde immédiatement l'histoire interne, à l'élaboration de laquelle j'ai, comme pour les autres parties de ce travail, consacré tous mes soins. Alliant sans cesse la pratique à la théorie, je me mets résolument à la poursuite des principes vrais de la matière, en faisant circuler dans les détails l'idée générale de la loi tout entière. Pour arriver à leur découverte, je m'attache à leur discussion libre, indépendante et dégagée de tout esprit de parti ; je me livre à une revue aussi approfondie que possible de la jurisprudence moderne, administrative ou judiciaire, que je prends à sa source, pour parvenir avec elle aux décisions, aux jugements ou aux arrêts les plus récents rendus à propos des offices, et dont, en en descendant le cours, je déplore à regret la doctrine parfois inconstante, les trop fréquentes incertitudes, les trop nombreuses oscillations, et les contradictions malheureusement multiples ; j'examine et secoue sans merci les opinions, d'où qu'elles émanent, qui me paraissent ou contestables ou erronées, dans le dessein toujours identique et adéquat à lui-même, d'aboutir, en fin de compte, au triomphe des seules théories qui me semblent devoir s'imposer, et à la condamnation de celles que dénie la conscience ou que la morale rejette comme froissant très-visiblement l'*honestas publica*.

Heureux si, après avoir mis en parallèle et en balance avec mon propre sentiment l'autorité des auteurs et des décisions adminis-

tratives ou judiciaires, je parviens, grâce à la production d'arguments qui m'ont paru décisifs, à donner la solution définitive des seuls systèmes vraiment juridiques à adopter sur les questions controversées, — et elles affluent, — et, avant tout, à ébranler sur certains points ce qui semble être le bien fondé de solutions consacrées aujourd'hui d'une manière invariable et constante. *Habent sua fata libelli!* Heureux même encore si je ne puis de ce chef aboutir au résultat très-désirable d'un revirement nécessaire et souhaité, parce qu'il me restera au moins l'honneur d'avoir tenté le succès de la réforme, d'en avoir appelé de mes vœux la manifestation et la réalisation, et que j'aurai ainsi satisfait à cette première règle du sage, qui sert d'épigraphe à la partie de mon *Étude* consacrée au droit actuel :

« *Quod justum est petito, vel quod videatur honestum;*
« *Nam stultum est petere, quod possit jure negari.* » (23)

Dans la polémique parfois ardente qui s'engage entre mes adversaires et moi au sujet de plusieurs questions fort délicates, qui forment comme l'âme de cette dernière partie de mon travail, dans ce duel, on le pressent, très-inégal à tous égards, je tiens, Lecteur, à vous confier que, si j'ai sans cesse lutté avec cette force irrésistible que donne l'accent de la conviction la mieux arrêtée, à tout le moins ne me suis-je jamais départi, — je ne veux pas dire de cette timidité presque instinctive, compagne ordinaire des premiers assauts; non : car on doit toujours affirmer le front haut, et sans crainte comme sans hésitation, ce que l'on croit avec sincérité être l'expression du vrai, — mais de ce sentiment sans cesse vivace d'une modération toujours maîtresse d'elle-même, qui est, pour ainsi parler, la pierre de touche de l'urbanité et de la réserve qu'il est de la commune bienséance de garder dans les luttes pacifiques du genre de celles que j'ai livrées. C'est surtout envers la jurisprudence de la Cour de cassation, la seule que l'on

(23) Dionys. Cato, *Distich. de moribus ad filium*, lib. I, dist. 31.

puisse considérer, sinon comme immuable et fixe, du moins comme très-stable, — « car, à vrai dire, » ainsi que vient de le rappeler M. le Procureur général au début des conclusions signalées en la note 19, *supra*, « il n'y a de jurisprudence établie que par les décisions de la Cour suprême » (24), — c'est, dis-je, surtout envers elle, que, toutes les fois où je me vois forcé de la combattre, je le fais avec un respect d'autant plus profond que, imposé qu'il est par la grandeur de la situation, de l'estime et de la considération publiques si justement méritées dont jouissent les hautes personnalités qui en ont été les artisans, il me faisait une loi de me tenir dans ces régions supérieures où l'on ignore les agressions blessantes.

Au demeurant, si les solutions que j'ai cru devoir adopter, je les défends toujours avec une sincérité pleinement convaincue, ce n'est certes pas parce qu'elles sont miennes, mais parce qu'elles m'ont semblé bonnes ; aussi bien me garderai-je fort de la prétention de les imposer. Je préfère de beaucoup me contenter de les soumettre au contrôle du public, et me borner à répéter ces belles paroles de l'Évêque d'Hippone à ses Lecteurs : « *Ubi pariter certus est, pergat mecum. Ubi pariter hæsitat, quærat mecum. Ubi suum errorem agnoscit, redeat ad me. Ubi meum, revocet me. Magisque optabo a quolibet me reprehendi, quam sive ab errante, sive ab adulante laudari. Nullus quippe reprehensor, veritatis amatori pertimescendus. Etenim aut inimicus reprehensurus est, aut amicus. Si inimicus insultat, ferendus est. Amicus si errat, docendus; si docet, audiendus. Laudator vero et errans confirmat errorem, et in errorem adulans illicit. Quo circa, si quid in meo opere veri comprehenderis, existendo non est meum, at intelligendo et amando, et tuum sit et meum : si quid falsi conviceris, errando fuerit meum, sed jam cavendo, nec meum sit, nec tuum.* » (25)

---

(24) Voy. la *Gazette des Tribunaux* des 16-17 août 1882, p. 789, col. 1.
(25) Aurelius-Augustinus, *De Trinit.*, I et sqq.

Passage sublime, que Pierre Charron semble avoir eu en vue lorsqu'il écrivit ces lignes, dont je désire également m'approprier les termes : «..... en tout ce que je propose, je ne pretends y obliger personne, je presente seulement les choses et les estalle comme sur le tablier. Je ne me mets point en cholere si l'on ne m'en croit, c'est à faire aux pedants. La passion tesmoigne que la raison n'y est pas, qui se tient par l'une à quelque chose, ne s'y tient pas par l'austre..... je ne dy rien sans raison, s'ils la sçavent sentir et gouster, s'ils en ont une meilleure qui destruise la mienne, je l'escouterai avec plaisir et gratification à qui la dira. » (26)

Après avoir de la sorte recherché la nature intime et les caractères constitutifs de nos offices ministériels, après avoir indiqué à quelles règles ils se trouvent soumis tant au point de vue du droit privé qu'au point de vue du droit public, et avoir ainsi trouvé l'occasion de présenter, conformément à la marche que j'avais précédemment suivie, la synthèse générale de la doctrine et de la jurisprudence qui les régissent et les gouvernent aujourd'hui, j'aboutis, par une pente naturelle et logique, à la conclusion de ces volumineux développements.

Eclairé par les données et les enseignements de l'histoire, qui n'ont pas cessé de me servir de fil conducteur dans toute cette *Étude*, connaissant en outre l'état actuel des choses, je puis présenter en quelques lignes, sous forme de résumé final, un aperçu rétrospectif de la vénalité à travers les âges, et la comparer à celle que l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 est venue restaurer. De cette confrontation se déduit à mes yeux cette double conséquence, qui n'a pas tardé à m'apparaître dès le début de mes investigations et qui me semble s'imposer : d'un côté, que nous ne connaissons plus aujourd'hui la vénalité au sens historique du mot, et que

---

(26) Pierre Charron, *De la Sagesse, in fine* de l'Advertissement de l'autheur, *Sur ce que les Critiques doibvent distinguer, s'ils veulent estre equitables*; p. xxj de l'éd. de Jean-François Bastien, Paris, 1783, in-8°.

c'est bien à tort et trop à la légère qu'on s'est plu à diriger contre notre système actuel, mal compris, et même, parfois, absolument ignoré, d'injustifiables attaques (27); d'autre part, que la liberté absolue, dégagée de la haute surveillance du Pouvoir et du contrôle de l'administration supérieure, serait pour le moins aussi dangereuse que l'abolition complète du résidu de vénalité qui se trouve dans la loi de 1816, et que l'interprétation tend sans cesse à ramener à son *minimum* légal et à réduire à sa plus simple expression, l'une, par des exagérations coupables et compromettantes dans les prix de cession, lorsque les situations le permettraient; l'autre, parce que la prohibition ne serait qu'une lettre morte, condamnée par avance, — l'histoire nous l'apprend (28), — à être sans cesse éludée par de perpétuels mensonges, par de continuels détours plus ou moins habiles à se voiler, peut-être même par une violation éhontée de la loi, fléau qui, en même temps qu'il est la source principale de la démoralisation publique, constitue le *criterium* infaillible et la preuve, de toutes, la plus dangereuse, que le législateur s'est trompé, et que ses prescriptions sont impuissantes et ne valent rien.

Tout en proclamant cependant, au nom de l'intérêt social, la nécessité du maintien de la vénalité des offices ministériels dans les termes de l'article 91 de la loi de 1816, je termine en formant, après tant d'autres, le vœu que les Chambres s'occupent enfin de réglementer la matière par une loi qui se fait attendre

---

(27) Il est vraiment inconcevable que tant de gens, — et leur espèce abonde à notre époque, — prennent plaisir à dénigrer des institutions qu'ils connaissent à peine de nom. La vénalité des offices ministériels a singulièrement fertilisé la race de ces aventuriers, qui se figurent lui avoir porté de grands coups, parce qu'ils ont exercé publiquement contre elle, par paroles ou par écrits, leur présomptueuse sagacité. Je n'ai, quant à moi, jamais pu les entendre ou les lire, sans me rappeler cette apostrophe de Dorante aux marquis de Mascarille de son temps : « Eh, morbleu ! Messieurs, taisez-vous, quand Dieu ne vous a pas donné la connaissance d'une chose ; n'apprêtez point à rire à ceux qui vous entendent parler, et songez qu'en ne disant mot, on croira peut-être que vous êtes d'habiles gens. » (Molière, *La critique de l'École des femmes*, scène V ; t. III, p. 336 des *Œuvres*, dans la collection des *Grands Écrivains de la France*.)

(28) Voy. le chap. IV de notre *Droit intermédiaire*, t. 2, pp. 566 et suiv.

depuis tantôt soixante-dix ans ; je les supplie de donner à cette vénalité l'assiette fixe, l'équilibre dont elle manque ; de transformer en dispositions législatives les principes universellement admis par l'interprétation doctrinale, la pratique et l'usage ; d'établir enfin un système désormais définitif sur les points encore contestés. Après un demi-siècle et plus, l'expérience doit être acquise, et une théorie légale d'ensemble constituerait un immense progrès et ferait naître, au profit du Pouvoir qui le réaliserait, une dette nationale de reconnaissance à la charge de tous les intérêts en jeu qui recevraient enfin satisfaction.

Je me suis hasardé à laisser percer quelques aperçus du projet de loi à intervenir.

J'ai, en dernier lieu, pensé qu'une simple table générale des matières placée à la fin de chaque volume, et renvoyant aux sujets dont il se compose, ne serait pas suffisante. Aussi, dans le but de faciliter les recherches, ai-je fait suivre de trois autres celle qui se trouve à la fin du dernier :

La première comprend la liste alphabétique et analytique de tous les points étudiés, avec renvoi au tome et aux pages où je m'en suis occupé ;

La seconde, sorte d'*Index bibliographique* général, contient, par ordre alphabétique, et également avec renvoi spécial au passage signalé, l'indication du nom des auteurs ou du titre des ouvrages et écrits anonymes cités dans tout le cours de mon *Étude*, soit que je leur aie emprunté des extraits, soit que j'aie cru devoir me borner simplement à y renvoyer ;

La troisième est une table générale explicative des abréviations contenues dans les trois volumes (29).

Vous voilà maintenant, Lecteur, en pleine possession du cadre de mon travail. Vous voilà mis au courant de l'idée qui a présidé

---

(29) J'avais d'abord songé à mettre en tête de chaque tome une table spéciale des abréviations qu'il renferme. Si j'ai, par la suite, abandonné ce projet, c'est que sa réalisation aurait entraîné d'inévitables et d'inutiles répétitions. De là, la conception à la fois plus ample, plus simple et plus brève de la table générale que je viens d'indiquer.

à son enfantement, du dessein de son auteur, de son but, de son plan et de sa méthode. Un mot suffira pour vous initier à sa composition matérielle. Les développements que j'ai jugé nécessaire de donner, je les ai répartis entre le texte, où se trouve, avec leur exposé général, la quintessence des principes essentiels de la matière, et des notes dans lesquelles j'ai relégué tout ce qui, à quelque titre que ce pût être, était de nature à encombrer le texte et, en rompant l'enchaînement des idées mères, en brisant leur harmonie, à compromettre la clarté de l'exposition. Ces notes, dont vous comprendrez toute l'importance, lorsque je vous aurai dit qu'une grande partie forment des espèces de dissertations à part, où sont consignées des notions qui, pour n'avoir pas toujours directement trait au sujet, n'en sont pas moins indispensables à posséder, ces notes sont évidemment beaucoup trop multipliées, et, pour la plupart, infiniment trop longues, d'une part ; elles comprennent, de l'autre, trop de détails touffus (30), pour qu'il soit possible d'en prendre connaissance à première lecture. Quiconque, par conséquent, voudra faire autre chose que de me parcourir, agira sagement en s'en tenant d'abord au texte, sauf à le reprendre ensuite, mais cette fois avec les notes, s'il désire en contrôler les assertions, et se livrer à une étude plus approfondie.

Ainsi que vous pouvez en juger à présent, Lecteur, si, pour élever

---

(30) Bien qu'en ayant élagué le plus possible, j'ai dû, à maintes reprises, suivre fatalement les errements de mon guide constant, Loyseau, chez qui le détail et la digression abondent, fourmillent même et pullulent, préférant tomber, en sa docte et spirituelle compagnie, quitte à en assumer avec lui la responsabilité, dans les défauts de ses qualités, plutôt que de rester muet, obscur ou incomplet sur des théories qu'il n'est pas permis de paraître ignorer, et qui ne se peuvent aborder qu'à la condition d'être traitées d'abondance et de toutes pièces. Seulement, frappé dès le début de l'inconvénient résultant de la marche suivie par l'illustre Bailli de Châteaudun, qui, à l'exemple de ses contemporains, a inséré tous ses développements dans le texte, sauf, en le bourrant ainsi, à faire perdre de vue la pensée maîtresse du *discours* et à rendre sa lecture plus difficile, sans cependant cesser de la laisser toujours agréable, j'ai résolu d'éviter cet éparpillement de l'attention, inévitablement suspendue ou distraite, en ayant recours au procédé plus simple, plus commode et plus pratique des notes, aimant mieux dégager le texte à tout prix, que de l'enchevêtrer au détriment du sujet principal.

ma construction, je me suis quelquefois vu forcé d'employer les matériaux d'autrui, du moins puis-je revendiquer comme mienne la distribution intérieure de l'édifice, dont je suis le véritable architecte. Constamment fidèle à mon point de départ, là même où j'ai dû m'engager dans une voie depuis longtemps frayée, et suivre des sentiers d'ores et déjà parcourus, ce qui s'est notamment présenté pour l'élaboration de mon troisième volume, comme je l'ai laissé pressentir plus haut, en disant que les auteurs de traités relatifs aux offices ministériels s'étaient principalement attachés à l'étude du droit moderne, j'ai toujours pu arriver au précieux résultat de faire de mon œuvre autre chose qu'un *compendium* abrégé, et de rester moi-même tout en ayant des modèles, des exemples et des points d'appui. Le fer cesse-t-il donc d'appartenir au forgeron pour avoir été battu par lui sur une enclume étrangère, ou façonné par ses bras à l'aide du marteau d'un autre ? Suivant le précepte de l'auteur du beau livre *De la Sagesse*, à qui j'emprunte cette comparaison si expressivement pittoresque, je n'ai pas fait « comme les bouquetieres, qui pillotent par-cy par-là des fleurs toutes entieres, et telles qu'elles sont les emportent, pour faire des bouquets, et puis des presents : ainsy font les mauvais estudiants qui amassent des livres plusieurs bonnes choses, pour puis en faire parade et monstre aux autres » ; mais j'ai fait « comme les mousches à miel, qui n'emportent point les fleurs comme les bouquetieres, mais s'assiants sur elles, comme si elles les couvoyent, en tirent l'esprit, la force, la quintessence, et s'en nourrissent, en font substance, et puis en font de très-bon et doulx miel, qui est tout leur, ce n'est plus thym ni marjolaine. » (31) N'ai-je pas, dès lors, le droit de répéter encore légitimement avec lui et de faire miennes ces paroles en me les appropriant : « J'adjouste icy deux ou trois mots de bonne foy, l'un que j'ay questé par cy par là, et tiré la pluspart des materiaux de cest ouvrage, des meilleurs autheurs qui ont traicté ceste matiere...., tant anciens,....

(31) Voy. P. Charron, *op. cit.*, liv. III, chap. XIV, n° 22, p. 634.

que modernes. C'est le recueil d'une partie de mes estudes : la forme et l'ordre sont à moy. Si je l'ay arrangé et ageancé avec jugement, et à propos, les sages en jugeront, car meshuy en ce subject austres ne peuvent estre mes juges, et de ceux là volontiers recevray la reprimende : et ce que j'ay prins d'austruy, je l'ay mis en leurs propres termes, ne le pouvant dire mieux qu'eux. Le second, que j'ay icy usé d'une grande liberté et franchise à dire mes advis, et à heurter les opinions contraires, bien que toutes vulgaires et communement receuës.... » (32)

Toutefois, avant de prendre congé de vous, Lecteur, il me reste quelques observations essentielles à vous présenter.

L'*Étude* que je livre aujourd'hui à la publicité, je l'ai *pensée*, mieux que cela, *vécue* quatre années durant. Est-ce à dire que, malgré le long laps de temps que j'ai consacré à sa méditation, j'allais dire à son incubation, elle soit de tout point achevée ? Non, et je considère comme étant de mon devoir de confesser ici, afin d'économiser un reproche à la critique, que, telle qu'elle se présente à vous, elle est, en dépit de son volumineux aspect et de ses apparences respectables, elle est encore fort loin d'être complète. Ce serait vous méprendre gravement que de penser que vous avez entre les mains une œuvre disant le dernier mot sur l'histoire des offices et marquée, dès lors, au coin de sa perfection dernière.

D'une part, en effet, si le travail auquel je me suis livré sur les *militiæ venales* et sur les ancêtres de nos officiers ministériels dans l'antiquité romaine est bien, sans doute, par la force même des choses, aussi détaillé que les documents mis à ma portée me l'ont permis, encore ne faut-il pas oublier qu'il constitue une création presque de toutes pièces, et que, par conséquent, on ne saurait l'envisager que comme la pierre d'attente d'une construction plus savante, que de nouveaux matériaux, fruit de découvertes plus récentes, permettront un jour d'élever à sa place.

---

(32) P. Charron, *op. cit.*, Preface de l'autheur, *loc. cit.* note 26, *supra*, pp. xxvj et suiv.

D'un autre côté, au milieu des notions très-détaillées qu'on y rencontrera parfois, j'ai dû, en ce qui concerne notre ancien droit français, me restreindre, bien qu'à très-grand regret, au sujet strictement précis que je m'étais imposé de traiter, je veux dire à la patrimonialité des offices. De là il suit que, de tous les offices connus sous le vieux régime de notre France, les seuls dont je me sois occupé sont ceux auxquels l'autorité légitime ou les abus, souvent devenus plus forts qu'elle par l'invincible puissance des faits et la force irrésistible des évènements, ont rendus patrimoniaux, en y attachant les deux marques distinctives et comme les deux signes de race de la vénalité et de l'hérédité; encore ai-je pris le soin de trier, parmi les principes qui les régissaient, les règles les plus saillantes, et de ne mettre en relief que les caractères qui m'ont semblé offrir le plus haut degré d'importance et d'intérêt. De telle sorte que, de ce chef déjà, mon travail ne constitue qu'un simple résumé de la vaste théorie des charges désignées sous la dénomination générale et générique d'offices patrimoniaux (33). De l'aveu qui précède, il résulte que, cédant volontairement à une nécessité qui s'imposait, j'ai dû forcément laisser à l'écart les offices non vénaux, qui, du reste, allèrent de jour en jour se raréfiant. Il y a plus : désireux que j'étais de ne m'attacher qu'aux offices dépendant de la Couronne, soumis à l'autorité et au contrôle du Roi, et ressortissant à son domaine ou à ses parties casuelles, les seuls vraiment dignes de respect, parce que seuls, étant émanés de la puissance royale, ils se trouvaient réguliers et légitimes, j'ai négligé, à dessein, de traiter des offices des seigneurs (34) : ces derniers, au surplus,

---

(33) Cette remarque sera surtout sensible pour la section 1 du chap. II de la partie de cet ouvrage, relative à l'*Ancien droit Français*, section consacrée aux *Offices héréditaires* (t. 2, pp. 76-113).

(34) Si, comme je l'indique au début du *Droit intermédiaire* (chap. I, note 2, second alin., t. 2, p. 464), toutes les justices seigneuriales furent supprimées sans aucune indemnité, cela tient précisément, ainsi que je l'écris, à l'absence de toute espèce de légitimité dans le mode originaire de leur institution. De tous nos anciens jurisconsultes, Loyseau, suivant la judicieuse observation que m'en a faite M. Lefebvre, est le premier qui ait indiqué avec précision et netteté, et le seul qui ait fait ressortir

bien qu'ayant une physionomie propre et des traits caractéristiques, étaient, au fond, quant à leur constitution intime, calqués sur les offices du Roi, et présentaient ainsi à l'étude un attrait beaucoup moins immédiat (35).

Enfin, quant au *Droit intermédiaire*, on se convaincra sans peine que je n'ai fait également qu'en exprimer l'essence, abandonnant à l'avenir le soin de remplir les vides nombreux que j'y ai laissés.

Voilà pour la partie historique de cet ouvrage, et les révélations qui précèdent mettront à même de s'expliquer aisément comment j'ai pu écrire (t. 1er, p. 198, note 216) que, la législation romaine mise à l'écart, mon étude sur toute la période qui s'est écoulée jusqu'en 1816, ne constituerait, à proprement parler, qu'une préface de celle sur le droit actuel, paroles dont le sens et la portée sont désormais devenus bien apparents.

En ce qui concerne ce droit, j'ai déjà laissé entrevoir plus haut que, le début excepté, les travaux antérieurs m'ont condamné à bien des égards à ne plus créer. Mon rôle s'est donc, le plus souvent, borné à enregistrer les données acquises, sans cependant, je ne saurais trop le répéter, aliéner ma liberté d'action et de pensée. En d'autres termes, synthèse si l'on veut, ma synthèse est raisonnée et motivée d'un bout à l'autre, et tient tout ensemble de l'analyse et du résumé; sommaire là où l'accord règne entre tous, et où tout le monde a soit parlé soit écrit, étant convaincu de ne pouvoir mieux dire, je réserve le détail pour les points qui me paraissent douteux ou qui sont contestés, et pour les assertions

---

avec une insistance aussi persistante dans tout le cours de ses œuvres, et avec une hardiesse aussi digne d'éloges, le caractère d'*usurpation* dont je parle, et tel est le motif pour lequel c'est toujours son autorité qu'on a invoquée toutes les fois qu'il s'est agi de bien le mettre en lumière. C'est précisément sur le caractère de *pouvoir usurpé*, que se fonda la Constituante, pour prononcer sans indemnité l'abolition que je viens de rappeler; idée à ce point exacte, que ce furent seulement les *titulaires* des justices seigneuriales contre qui la Révolution sévit de la sorte (voy. *loc. sup. cit.*, note 3, p. 465).

(35) Voy., sur ce qui précède, au t. 2, pp. 449 et suiv., la *Transition de l'anc. Dr. au Dr. interméd.*

qui sont à mes yeux sujettes à caution, et auxquelles je substitue mon opinion personnelle, après les avoir soumises à une discussion loyale et dégagée de toute entrave. Que si, toutefois, je me montre la plupart du temps fort bref sur les diverses questions soulevées par l'art. 91 de la loi de 1816, me contentant de consigner les solutions et de renvoyer aux sources sans plus ample commentaire, à tout le moins ai-je fait en sorte de m'expliquer sur tous les problèmes qu'il a engendrés, sauf à ne les traiter qu'en raccourci. De ce chef donc, il semblerait, au premier abord, que mon traité des offices ministériels est complet, sinon très-développé. Mais voici toute une partie qui fait défaut au droit actuel : c'est celle qui est relative au droit international, sur lequel je reste absolument muet. J'avais bien, sans doute, à un certain moment, nourri l'idée d'entreprendre une comparaison de notre législation sur les offices ministériels avec les législations étrangères, et j'en avais même déjà recueilli et réuni les premiers éléments (36). Mais la présente *Étude* ayant été conçue à un point de vue exclusivement national et nullement comparatif, et ayant de tout temps été destinée à devenir une œuvre non pas de législation comparée, mais de droit français positif, j'ai jugé que cette partie supplémentaire aurait été dans le plan que je m'étais tracé, une véritable superfétation; voilà pourquoi je l'ai résolument retranchée. Peut-être la reprendrai-je un jour, ainsi que les autres points que j'ai indiqués comme étant actuellement délaissés ; car, pour moi, quiconque aspire au titre de jurisconsulte doit chercher à se rendre cosmopolite, et ne point s'attacher simplement à l'interprétation trop limitée de la loi positive de son

(36) M. Ch. Lyon-Caen, Professeur de droit romain à la Faculté de droit de Paris, avait bien voulu, — qu'il en reçoive ici l'expression de ma gratitude, — demander pour moi quelques renseignements en Autriche. Ils sont contenus dans une lettre très-détaillée et fort intéressante, dont je donne certains aperçus dans ma conclusion : elle constitue le document de beaucoup le plus important que j'aie eu en ma possession. Ceux que l'obligeance de certaines autres personnes m'a procurés, contiennent des notions beaucoup trop sommaires pour que je puisse en faire actuellement usage pour un travail de longue haleine.

pays. Je me hâte d'ailleurs d'ajouter ces deux considérations : d'un côté, cette question, beaucoup plus législative que juridique, et d'un intérêt purement spéculatif, offre trop d'importance pour être traitée à la légère et en quelques pages. Elle est digne d'un travail d'ensemble spécial, du genre de celui que la *Société de Législation comparée*, à laquelle j'ai l'honneur d'appartenir, et à qui je tiens à la signaler ici dès à présent d'une façon toute particulière, a entrepris sur le Notariat (37), travail éminemment utile, qui pourrait devenir l'élément de méditations sérieuses et fécondes en résultats scientifiques et pratiques, ainsi que le point de départ et le fondement solide de propositions de certaines réformes jugées nécessaires par le législateur de l'avenir. Joignez à cela, d'autre part, que l'examen auquel je fais allusion n'aurait modifié en rien ma conclusion finale : persuadé que je suis qu'en France, tout système contraire à celui qui résulte de la loi de 1816 serait impraticable pour des motifs que j'ai laissé apercevoir ci-dessus, il m'est impossible de comprendre l'argument de ceux qui préconisent à la journée et au pied levé les théories exotiques de la non-vénalité des emplois publics. Chaque pays, chaque loi : ce qui est bon en Belgique ou ailleurs pourrait être détestable chez nous, et nous avons plus d'un exemple des résultats funestes qu'ont entraînés à notre détriment certains emprunts faits de ses lois à l'Étranger. Tous les terrains ne sont pas propices à la même plante, et ce n'est qu'avec une précaution et une prudence extrêmes, qu'on peut se hasarder à tenter d'acclimater sur notre sol des institutions qui ont poussé leurs racines sous un autre climat.

En dehors de toutes les restrictions qui précèdent, de nouvelles réserves doivent encore être faites; elles concernent, les unes, les auteurs et les documents mentionnés; les autres, les éditions des ouvrages signalés au cours de la partie historique de cette *Étude*, et peuvent se formuler d'un seul mot : c'est que,

(37) Voy. le renvoi fait à ce travail par le dernier alinéa de la note 203 de mon *Introduction générale*, p. 180 du présent volume.

dans le double but, Lecteur, de ne pas lasser votre patience en abusant d'elle, et aussi de ne pas vous apparaître comme ayant cherché à faire ostentation d'une érudition affectée, montre et étalage d'un savoir qui s'affiche, autant de formes chères à la *science à perruque*, autant d'apanages familiers au pédantisme outré de cette *précieuse ridicule*, je me suis imposé, en dépit de mon ardent désir de ne rien omettre sur les sujets que j'abordais, de faire, dans la mesure du possible, économie de citations des uns et des autres.

Relativement aux premiers, c'est surtout en droit romain que l'épargne dont je parle a été réalisée; car j'ai volontairement passé sous silence l'indication d'une foule de recueils que j'ai pourtant consultés, tels, en particulier, que les *Basiliques*, et d'un très-grand nombre d'auteurs dont j'ai cependant aussi mis les œuvres à contribution, depuis les glossateurs, jusqu'aux commentateurs les plus autorisés, tant anciens que modernes, tant nationaux qu'étrangers (38).

En ce qui concerne notre ancien droit, la force même des choses m'a fait une loi stricte de me borner à ne renvoyer qu'aux auteurs principaux. C'est qu'en effet, la matière des offices a, on peut le proclamer, débordé à ce point sur toute notre vieille littérature depuis son degré le plus élevé, jusqu'au plus humble, qu'elle l'a en quelque sorte imprégnée et comme saturée. Il n'est pas un écrit d'une célébrité quelconque, à quelque genre qu'elle appartienne, et abstraction faite des œuvres des jurisconsultes, qui ne regorge d'allusions sérieuses ou plaisantes, amères ou badines, à la vénalité, de traits satiriques et mordants, d'épigrammes cruelles et sanglantes contre ce régime. Historiens, philosophes, moralistes, chroniqueurs, romanciers, conteurs (39), peintres de mœurs (40)*,

(38) Le tome 2 de la *Profession d'Avocat*, de Dupin aîné (Paris, 1832), m'a fourni à cet égard plus d'une utile indication et m'a mis sur la piste de précieuses investigations.

(39) Parmi les écrivains de ce genre, je citerai, en particulier, le licencieux et spirituel chanoine de Tours, Béroalde de Verville. De ce recueil célèbre de « contes

* Voir note 40, page XXXII.

auteurs de comédies, artistes littéraires de toutes sortes, en un mot, tous, prosateurs ou poètes, ont touché par quelque côté, sévère ou riant, à la vénalité des charges. Comment aurait-il été possible de songer sans folie à la sotte prétention de les énumérer tous sans oubli?

Quant aux éditions, à peine ai-je besoin de dire que je ne me suis point astreint davantage à les signaler toutes (41), mais qu'en revanche, je me suis attaché à me servir de préférence, à de très-rares exceptions près (42), de celles qui sont le plus justement

---

à perte de vue », comme dit La Monnoye, auquel il a donné pour titre (on n'en saisit pas trop bien la raison) *Le Moyen de parvenir*, et qu'il publia en 1610, j'extrais le passage suivant relatif au criminel serment de non-achat, dont je m'occupe au tome 2 (pp. 22 et suiv., et p. 27 *in init.*) : « Il y en a beaucoup qui jurent à faux, ainsi que font nos messieurs de justice, que dieu garde de mal, lesquels font serment de n'avoir pas acheté leurs états, et toutefois l'argent en est encore écrit en leurs doigts. Ils ne le disent point; mais qu'ils prêtent de l'argent au roi. Vraiment un maître iroit chercher qui lui bailleroit de l'argent, pour le servir. Aussi proprement l'argent fait tout : il fait jurer, sans offenser dieu;..... » (Voy. *Le Moyen de parvenir*, nouvelle édition, tome second, 100070057, pp. 44 *in fine* et suiv.) Et un peu plus bas (même tome, p. 181), on relève ce nouveau trait : « Godefroi. Et ce bon personnage qui avoit acheté ...0, qu'ai-je dit? Qui avoit eu *gratis*, comme les autres, un métier de conseiller. »

Voici, à ce propos, comment Charron traitait le trafic des offices de judicature : « ..... de briguer, et poursuivre les charges publicques, mesmement de judicature, c'est chose vilaine, condamnée par toutes bonnes loix, voire des payens, tesmoing la loy *Julia de ambitu*, indigne de personne d'honneur, et ne sçauroit-on mieux s'en declarer incapable. De les achepter est encores plus vilain et puant, et n'y a point de plus sordide et vilaine marchandise, que celle-là : car il faust que celui qui a achepté en gros, revende en detail : dont l'empereur Severe, parlant contre telle faute, dict que l'on ne peust bien justement condamner celuy qui vend ayant achepté. » (*De la Sagesse*, liv. III, chap. xvii, n° 1, pp. 663 et suiv.) J'ai souvent l'occasion de revenir, au cours de mon travail, sur le passage de Lampride, auquel Charron fait allusion à la fin de cet extrait, bien curieux par sa stigmatisante énergie.

(40) Voy. spécialement de Furetière, *Le Roman bourgeois*, *passim*, et, en particulier, pp. 29, 79, 153, 227 et suiv., et 253 et suiv., de l'éd. de Jean-Baptiste Cusson, Nancy, 1712.

(41) On trouvera de mon obstination à cet égard, un exemple entre mille, pour *Le livre des métiers*, d'Etienne Boileau; je n'ai cité que l'édition in-4°, donnée par M. G.-B. Depping, en 1837, et qui fait partie des *Documents inédits sur l'Histoire de France*, bien que cet ouvrage vienne d'être réédité par MM. René de Lespinasse et François Bonnardot, dans la grande collection de l'*Histoire générale de Paris*, composée actuellement de 21 vol. petit in-f°, et publiée sous les auspices de M. le baron Haussmann; Paris, Imp. nat., 1879, 1 vol. petit in-f°.

(42) J'en relève ici deux au hasard : l'une est relative à l'*Art de vérifier les dates* (voy. p. 204, note 4, de ce vol.), par dom Clément, et autres Bénédictins des Blancs-Manteaux, ouvrage dont la meilleure édition, rare aujourd'hui, est la 3e; Paris, Jom-

estimées, et à y renvoyer, et que, dans les extraits que j'en ai donnés, je me suis servilement conformé à la fidèle reproduction de la teneur originale que j'y ai rencontrée.

Malgré toute la conscience et toute la scrupuleuse attention que j'ai apportées à recueillir les différents documents que je tenais à consigner dans mon travail, à vérifier par moi-même toutes les sources indiquées, à me rendre un compte personnel de tous les livres, écrits, jugements ou arrêts signalés, je ne pouvais me flatter, en présence de leur nombre considérable, que le soin minutieux avec lequel j'ai fait les citations et qui a présidé à la correction des épreuves de ces trois volumes, m'exempterait de tout péché d'omission et de toute chute dans d'inévitables erreurs, qui sont inséparables d'une semblable accumulation de matériaux. De là, la nécessité de recourir à des *Addenda* et à des *Errata*, où je me suis efforcé de combler les lacunes et d'éliminer les scories de toute nature que j'ai pu découvrir. Cela signifie-t-il qu'il ne subsiste plus aucune tache à effacer et à faire disparaître? Nullement (43), et je

bert, 1783-1787, 3 vol. in-f°; l'autre concerne les œuvres de De Renusson, dont Dupin (*op. sup. cit.*, t. 2, p. 321, n° 1454) indique que l'édition préférable est celle de 1780, 1 vol. in-f°.

(43) Au nombre des omissions, il en est de deux sortes que je désire réparer ici :

J'aurais dû, tout d'abord, indiquer dans les *Addenda* à ce premier volume, suivant la judicieuse remarque que m'en a faite M. Garsonnet, à propos de la Constitution de Théodose le Grand, que j'analyse en détail de la page 309 (note 58) à la page 349 (Const. 2, *Si cert. petat. de suffrag.*, C. Th., II, 29 = Const. unic., *De suffrag.*, C. Just., IV, 3), qu'il est un moyen fort simple d'expliquer la concession qu'elle contient au profit du *suffragator* d'une action en cas de simple pacte : c'est de dire que Théodose a fait un *pacte légitime* de la convention qui y est visée, et qu'il a attaché à sa sanction, sous la réserve de l'accomplissement des conditions qu'il impose, la voie d'une *condictio ex lege*. Cette interprétation, qui cadre à merveille avec l'esprit général du texte, rend inutile d'invoquer, ainsi que je l'ai fait de concert avec Doneau, l'idée plus compliquée de contrat innommé (voy. pp. 331 et suiv.), et j'ajoute qu'étant une fois admis qu'une *condictio* sert de garantie à l'exécution de l'engagement du *promissor* dans toutes les hypothèses, et alors même qu'il ne se serait lié que par voie de simple convention, elle est la seule juridiquement possible, les contrats innommés n'engendrant jamais une action de ce genre (comp. pp. 339 et suiv.). Au demeurant, quoique moins simple, l'explication à laquelle j'ai eu recours ne renferme rien, en soi, d'inexact.

J'ai, en second lieu, oublié de mentionner, en même temps que beaucoup d'autres, sans aucun doute, dans le premier des *Addenda* au tome second, les quatre ouvrages suivants que j'ai cependant mis à contribution et que leur importance me fait un devoir de signaler ici : le *Codex legum antiquarum* de Lindenbrock (Francof., 1613, in-f°), où se trouve l'*edictum Theodorici regis*, auquel je renvoie au t. 2, p. 5, note 1;

saisis cette occasion pour faire ici un appel à la bienveillance du public, à qui je serai reconnaissant des utiles observations qu'il voudra bien m'adresser et des aperçus nouveaux qu'il consentira à m'ouvrir.

Il ne me reste plus à présent qu'à répéter ce que disait à son Lecteur Nicolas Bacquenois, le premier des imprimeurs Rémois, lorsqu'il donnait au public, en 1553, la première édition de la *Coutume de Reims :* « Je n'ai pas, quasi comme les feueillets de la sybille, recueilli et mis entre tes mains ce traité..., pour en espérer recevoir quelque honneur et grand profit ; la fenêtre de tel espoir est fermée à ceux de mon *âge*. Mon seul but est doncques, Lecteur, de si petit talent que Dieu m'a presté en ceste mienne vacation, selon mon pouvoir en départir au bien commun. T'assurant que si je congnois mon *labeur* t'estre agréable, m'efforcerai, quand les occasions se présenteront, de te donner chose de plus grand profict ; mon affection n'est autre que d'avancer et promovoir les lettres et ayder à ceux qui d'icelles sont studieux. » (44)

---

les *Barbarorum leges antiquæ* de Canciani (Venetiis, 1781-1792, 5 vol. in-f°); l'*Art de vérifier les dates* (voy. la note précédente), et le *Journal* de Pierre de l'Estoile (éd. Monmerqué, dans la *Collection des mémoires relatifs à l'histoire de France* de Petitot).

En ce qui concerne maintenant les *Errata*, la principale inadvertance que j'ai à cœur de réparer se trouve à la page 291, *a*, lignes 19 et 20 du tome 2. M. Lefebvre a bien voulu appeler mon attention sur une interversion, compromettante pour la justesse de la pensée, et que j'ai laissé glisser par méprise dans l'alinéa visé, lequel, ainsi conçu : « Lorsque l'acquisition avait lieu par voie de donation ou de succession en ligne directe, doit être restituée de la manière suivante :

« Lorsque l'acquisition avait lieu par voie de succession, ou de donation en ligne directe.

Peu importait, en effet, au point de vue héréditaire, pour que l'office acquis à titre gratuit par le mari pendant le mariage lui devînt propre, qu'il eût été recueilli par voie de succession directe ou collatérale.

Il est une autre erreur, beaucoup moins grave, celle-là, mais plusieurs fois répétée, que je désire faire disparaître : elle est relative aux *Arrêtés* du Président de Lamoignon. C'est à tort que, dans mon t. 2, notamment p. 2, note 3, ligne 8, j'ai renvoyé au titre *Des offices* de ce recueil, titre qui ne s'y rencontre pas. Voici, avec l'indication absolument exacte des passages à consulter sur la matière des offices, la rédaction destinée à remplacer celle du passage fautif de la note précitée : le *Recueil des Arrêtés de M. le premier Président* de Lamoignon (Paris, Nyon, 1783, 2 vol. in-4°, édition donnée par Richer), t. I : tit. XXI, art. LXXXV à XCI inclus, pp. 131 et suiv.; tit. XXXII, art. CXV à CXXIII inclus, pp. 206 et suiv., et tit. XL, art. XXIV, p. 259 ; t. 2 : pp. 48 *in init.*, 144 et suiv., 239 et suiv., 296, et 377 *in fine* et suiv.

(44) Extrait du livre de M. Prosper Tarbé, REIMS. *Essais historiques sur ses rues et*

J'éprouvais le besoin d'évoquer ces paroles d'un de mes vieux compatriotes, Lecteur, avant de me livrer à vous : je le fais maintenant avec moins de crainte que de confiance, plein que je suis de l'espoir que, si mon *Étude* pouvait répondre à mes efforts, et, pourquoi ne pas le dire? ils ont été grands, vous ne manqueriez pas de vérifier à mon profit la vérité de cet aphorisme de Rabelais :

« En veillant, travaillant, soy evertuant, toutes choses succedent à soubhait et bon port. » (45)

Quoi qu'il advienne, si, dans cette œuvre, vous découvrez quelque qualité, reportez-en bien vite le mérite d'abord à mes Maîtres, qui m'ont mis en l'esprit les premières lisières de la science, puis à tous ceux qui, de près ou de loin, m'ont aidé de leurs conseils ou de leurs écrits : car voilà les véritables artisans de ce travail, et, pour emprunter à Montaigne, en en renversant les termes, une de ses expressions les plus heureuses, s'ils n'ont pas forgé ce livre, à tout le moins l'ont-ils meublé (46). Si, au contraire, vous ne rencontrez rien qui attire vos louanges, bornez vos griefs à plaindre l'ardeur malheureuse et le zèle téméraire et indiscret de l'Auteur, et à reconnaître qu'il n'avait encore, pour écrire, ni la maturité d'esprit ni la sûreté de savoir nécessaires. Cela, sans doute, ne servira pas à atténuer ses imperfections, pour lesquelles il vous demande grâce, mais à les expliquer, et peut-être à les excuser.

PAUL LOUIS-LUCAS.

Charreau, 1er septembre 1882.

---

ses monuments; Reims, Quentin Dailly, MDCCCXLIV, 1 vol. in-4°, p. I. — M. Tarbé, ancien magistrat, avait épousé une cousine-germaine de ma mère. Il a honoré mon enfance de soins paternels et touchants. Il serait des premiers, j'en suis sûr, et j'en remercie sa mémoire, à me soutenir de ses conseils et de sa bienveillante et cordiale affection, car il a été et serait resté pour moi un bon parent et un ami.

(45) Rabelais, *Pantagruel*, liv. IV, chap. XXIII; t. 2, p. 62, des *Œuvres*, éd. in-4° d'Amsterdam, 1741, avec les remarques de Le Duchat et les figures de B. Picart.

(46) Allusion à cette belle pensée : « Le mediter est un puissant estude.... j'aime mieulx forger mon ame que la meubler. » (Montaigne, *Essais*, III, 276, éd. de Paris, Didot, an X (1802), 4 vol. in-12.)

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

SOMMAIRE :

1° Etymologie du mot *office;* — 2° Recherche de ses sens divers; — 3° Du mot *estat;* — 4° Explication historique du mot *ministériel;* — 5° De quelques définitions anciennes du mot *office;* — 6° Ce que l'on entend aujourd'hui par *office* et par *officier*. Définitions proposées; — 7° Distinction entre les *fonctionnaires publics,* les *officiers publics* et les *officiers ministériels* proprement dits. Double Criterium de MM. Morin et Dalloz. Celui que nous proposons. Examen de certaines questions délicates relatives à ce sujet. Conséquences logiques et forcées de notre doctrine. Revue critique de la jurisprudence sur ce point. Définitions proposées du *fonctionnaire public,* de l'*officier public* et de l'*officier ministériel.* Conséquence qui en résulte; — 8° Intérêts pratiques de cette distinction; — 9° Transition.

1°. — *Etymologie du mot* OFFICE.

La recherche de l'étymologie exacte et du sens précis du mot *office* semble avoir été pour nos vieux auteurs l'objet d'une vive sollicitude et d'une constante préoccupation (1).

C'est principalement en ce qui concerne l'origine étymologique de ce terme, que notre ancien droit nous offre le spectacle des longs et des savants débats qui agitèrent, dès les temps antiques, l'esprit scrutateur des érudits.

Ainsi, vers le milieu du IVe siècle de notre ère, un célèbre grammairien, Ælius Donatus (2), enseignait que : *Officium*

(1) Voyez, par exemple, le début du beau traité de Loyseau « *Du droit des offices.* » — Liv. I, chap. I.

(2) Les manuscrits, paraît-il, décernent à Ælius Donatus les titres de *Vir clarus orator urbis Romæ.* Voir *Nouvelle biographie générale,* t. 14, col. 528.

dicitur quasi efficium ab efficiendo, quod cuique personæ efficere congruit (3).

Ainsi encore à la même époque, Saint Ambroise (4), reproduisant la même idée sous une autre forme, répétait en ses Offices (5) : *Officium dicitur, quasi efficium, propter sermonis decorem mutata una littera* (6).

Quant à nous, nous serions plutôt porté à suivre la doctrine de Loyseau qui, après avoir mis en parallèle les opinions de ces deux grands personnages, conclut en faisant, avec raison, ce nous semble, dériver *officium* des deux mots *ob* et *facere* (7).

2° (*office*). — *Recherche de ses sens divers.*

Laissant à présent de côté des discussions scientifiques, plus propres à piquer la curiosité des linguistes qu'à rendre au jurisconsulte un compte utile du mot en lui-même, voyons à déterminer avec un soin rigoureux la portée vraie de notre terme. Or, bien qu'il apparaisse avec évidence que le mot *office* ne soit que la traduction fidèle du mot latin *officium*, cependant cette dernière expression fut loin de présenter dès l'abord la signification qu'elle devait plus tard revêtir.

A Rome, si l'on envisage le mot dans son sens originaire et technique, qui disait *officium* éveillait par là même l'idée que fait naître chez nous le mot *devoir* (obligation morale) (8), et on peut

---

(3) Voyez les *Enarrationes* et les scolies de cet auteur sur les pièces de Térence.

(4) Et non St Augustin, comme l'écrit par erreur M. Durand, dans son livre *Des offices considérés au point de vue des transactions privées et des intérêts de l'Etat*, p. 2.

(5) Lib. I.

(6) Cf. Pomp. Festus, lib. XIII, V° OFFICIOSUS : « *Officiosus, ab efficiendo dictus* » ; éd. Panckoucke, t. 194, p. 337.

(7) Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. I, n° 13. — Nous pouvons encore invoquer en ce sens l'imposante autorité de M. Littré, *Dict.*, mot OFFICE, I *in fine*.

(8) De là le terme d'*inofficiosus*, qui servait à caractériser tout ce qui allait *contra* OFFICIUM, contre le devoir ou les devoirs, et par exemple, *contra* OFFICIUM *pietatis, caritatis*, etc.; d'où la *Querela* INOFFICIOSI *testamenti*, qui a tenu une si large place dans le droit romain. — Cf. les expressions : INOFFICIOSÆ *donationes*

dire que, sans se maintenir bien longtemps d'une manière exclusive dans sa pureté primitive, cette acception première résista pourtant toujours, dans le dialecte latin, aux déflexions multiples que la corruption de la langue devait, par la suite, faire graduellement subir au sens primordial de notre terme (9).

(Voy. rub. tit. 29, lib. III, C. Just.); — INOFFICIOSÆ *dotes*. (Voy. rub. tit. 30, lib. III, C. Just.)

(9) Le titre du traité de Cicéron et celui de l'ouvrage déjà cité de Saint Ambroise, *De officiis Ministrorum*, pourraient être invoqués à l'appui de cette dernière assertion.

Le rapprochement du second de ces ouvrages avec le premier nous semble d'autant plus rationnel, que ce n'est pas seulement, ainsi que son titre paraît l'indiquer, un traité des devoirs particuliers des prêtres ou ministres de l'Eglise, mais bien un traité complet de morale. (Voy. M. Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, 14e éd., t. I, p. 126.)

Plus manifestement encore, s'il est possible, le sens donné au texte apparaît-il dans ce vers fameux de Lucrèce (IV, 1117) :

« *Languent OFFICIA, atque ægrotat fama vacillans* »;

dans cette parole d'Afranius, lieutenant de Pompée : « *Sed satis jam fecisse* OFFICIO » (Cæsar, *De bell. civ.*, I, 84; éd. Panck.), et dans celle de M. Terentius Varro, autre lieutenant de Pompée, célèbre par son érudition : « *Neque se ignorare quod esset* OFFICIUM *legati, qui fiduciariam operam obtineret.* » (Cæsar, *De bell. civ.*, II, 17, éd. Panck.)

Sextus Cæcilius, cité par Aulu-Gelle, dit encore au IIe siècle : « *Hanc autem fidem majores nostri non modo in* OFFICIORUM *vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt.* » (*Noct. att.*, XX, 1.) — Cf. le titre d'un traité de Cincius « *De* OFFICIO *jurisconsulti* », cité par Festus (lib. XII, Ve NUCUPATA PECUNIA ; éd. Panck., p. 294 ; éd. Müller, p. 173, Ve NUNCUPATA ; Giraud, *Nov. enchiridium*, p. 12, e tab. VI, 1 ; voir encore Festus, lib. XVII, Ve SUBICI ; éd. Panck., p. 622, *in fine*. — Cet auteur fait souvent mention de ce jurisconsulte ; voy. Panck., p. 754, Ve CINCIUS) ; — Cf. aussi Ovide, *Ex Ponto*, lib. III, epist. IX, les deux derniers vers ; Cicéron, *Pro C. Rabirio*, 1 ; *Pro Murena*, 1, 2, 4, 31 ; *In Verrem*, act. I, 9 ; act. II, lib. III, 62 ; lib. IV, 37, 38 ; éd. Panck. ; *In Q. Cæcilium divinatio*, 2 ; même éd. ; et ibid., 19 : dans ce dernier passage, curieux à plus d'un titre, Cicéron oppose *officium* (devoir) à *munus* (fonction publique); de même fait Suétone (*Tiber.*, 15), quand il dit de Tibère : « *Totumque se ad quietem contulit, privata modo* OFFICIA *obiens, ac publicorum* MUNERUM *expers.* » Comp. encore la façon dont Pomponius définit le *munus publicum*, L. 239, § 3, *De verb. signif.*, D., L, 16, loi dans laquelle le mot *officium* signifie obligation légale. — *Adde Rhetor. ad C. Herenn.*, II, 17, où l'auteur incertain de ce traité, qu'on suppose être Cicéron, oppose *officia* (bonnes actions) à *maleficia* ; et ibid., 1 : « *officia artis* », les devoirs que l'art impose ; Quint., *Inst. orat.*, V, *proœm.* — Comp. le mot grec Καθῆκον, et voyez sur ce point Cic., *Ad Att.*, XVI, 14. — Citons enfin Suétone (*C. Jul. Cæs.*, 15) : « *Relicto statim novorum consulum* OFFICIO... » Consulter sur cet usage Plin. Jun., *Epist.*, IX, 37, qui appelle spirituellement ces devoirs à rendre aux nouveaux consuls « *Translatitia hæc et quasi publica* OFFICIA... » ; Ovide, *Ex Ponto*, IV, 4, v. 41, sq., et Th. Mommsen, *Handb. der römischen Alterthümer*, 1ter B., *Römisches Staatsrecht*, 1ter B., 2te *Auflage*,

La pratique, faisant ensuite dévier un peu l'expression de son

---

p. 594 : « *Aufzug der Consuln* », texte et note 4, et pp. suiv.; S. Hirzel éd., Leipz. 1876. — Pierre Barral constate également en ces termes le sens du mot *officium* : « ... On appellait aussi *Officium*, la visite que le Sénat et le Peuple rendoient aux Consuls le jour qu'ils entroient en charge ; et cette visite s'appella depuis *Processus consularis.* » (*Dict. des antiq. grecq. et rom.*, V° OFFICIOSI ; Paris, 1797, abrégé du grand dict. de Samuel Pitiscus, *Lexicon antiquitatum Romanarum.*) — Voy. encore sur le *processus consularis*, Mommsen, *op. cit.*, I, 332-334; Goell, *Du processus consularis* de l'époque impériale, dans le *Philologus*, XIV, 586.

On dit aujourd'hui dans un sens analogue rendre ses devoirs, dans l'acception de rendre un hommage, en latin OFFICIUM *præstare*. Ainsi Valère Maxime (IV, 5, 5) rapporte cette parole de Pompée à la population de Larisse, qui s'était portée à sa rencontre après sa défaite de Pharsale : « *Ite,* inquit, *et istud* OFFICIUM *præstate victori.* » — Cf. Tacit., *Ann.*, II, 42.

C'est notamment à cette acception que les auteurs classiques, tant littérateurs que jurisconsultes, tant prosateurs que poëtes, reportent leur pensée, quand ils nous parlent dans leurs écrits de l'OFFICIUM *viri boni* (Voy. par ex. L. 12, fr. Papin., *Rem pupill. vel adolesc. salv. fore*, D., XLVI, 6); — de l'OFFICIUM *amicitiæ* (L. 23, fr. Paulus, *De reb. auctor. jud.*, D., XLII, 5; Cf. Cic., *Pro Mur.*, 40 : « *Defensoris et amici* OFFICIUM »); — de : OFFICIUM *suum facere;* — OFFICIO *fungi* (L. 55, fr. Ulp., *De re judic.*, D., XLII, 1 ; Val. Max., II, 7, 6); — OFFICIUM *persolvere*, remplir ses engagements (Cic., *In Verr.*, act. II, lib. V, cap. LXXI, § 183) ; — *Esse in* OFFICIO ; — *ex* OFFICIO. — Cf. *passim* Cic., Terent., Tit. Liv., Ulpian. — De cette dernière expression est évidemment venue notre locution *d'office*, si fréquemment employée, même par la loi (Art. 2103, 4°, 1er al., C. civ., où elle se rencontre à deux reprises), et dont le sens ne saurait être autre que celui-ci : En vertu du *devoir* supérieur qu'impose d'accomplir la fonction qu'on occupe, ou la mission qu'on remplit. — Et l'on peut dire à cet égard que cette locution est aussi ancienne que le mot même qui a servi à caractériser l'idée qu'elle est destinée à rendre ; c'est pourquoi on la retrouve toujours avec sa pureté primitive, tant à Rome, où elle a pris naissance, que dans notre ancien droit, et cela aux époques mêmes où le latin des textes législatifs était absolument devenu barbare. (Voyez, par exemple, dans les *Coutumes et Règlements de la République d'Avignon au treizième siècle*, le caput LXXI; *Nouvelle Revue historique de dr. fr. et étr.*, 1877, p. 562.) A Rome, l'adverbe *publice* avait parfois le sens de notre locution *d'office*. Ainsi Cicéron (*Pro Murena*, 2) nous dit : « *Ac, si, ut nonnullis in civitatibus fieri solet, patronus huic causæ* PUBLICE *constitueretur.* »

Toutefois, déjà au temps de Cicéron, et ceci justifie notre première assertion, *officium* devient synonyme de *service rendu*, ainsi qu'en témoignent ces deux phrases de l'illustre orateur : « *Vir singulari* OFFICIO *in rempublicam.* » — « *Venio nunc ad eam civitatem* (Tralles ; note 64 de M. Guéroult, éd. Panck., t. 20, p. 329), *in quam ego multa et magna studia et* OFFICIA *contuli.* » (Cic., *Pro Flacco*, 22; Cf. *In Verrem*, act. II, lib. IV, 40; éd. Panck.). Le même auteur, donnant à l'expression une extension plus grande encore, dit quelque part : « *Summo* OFFICIO *præditus homo* », voulant signifier par là qu'il s'agit d'un homme rempli d'une grande ardeur, ou d'un grand amour pour le bien. Cicéron emploie même notre terme dans le sens de zèle, dans ses Verrines (*Vide* act. I, 2 : « *Amicorum studio* OFFICIO*que...* » Cf. act. II, lib. IV, 38; éd. Panck., et ailleurs.) — Comparer dans ce même sens de bienfait, *beneficium*, de bons offices : Cic., *Post. red. in Senat.*, 12, *in initio; In Verr.*, act. II, lib. V, cap. LXXI, § 182; — de services : Cic., *Pro Planc.*, 16, 18, 19;

sens naturel, ne tarda pas à lui assigner la signification d'emploi

---

Pomp. Fest., lib. XI, v° MUNUS; éd. Panck., p. 236; — d'obligeance, d'aide, d'assistance, *passim* : Salluste; César; Cornelius Nepos; « OFFICIUM *suum præstare alicui* »; Columelle : « *Cum* OFFICIO *vicini.* » Joindre : *Rhetor. ad Herenn.*, II, 17; Q. Cic., *De petit. cons.*, 5; Claud., *In Eutrop.*, I, v. 367 et seq. :

« *Quidquid amas, dabit illa manus : communiter omni*
« *Fungitur* OFFICIO... »;

Juvenal., sat. v, vers 12 et 13 :

« *Primo fige loco, quod tu discumbere jussus*
« *Mercedem solidam veterum capis* OFFICIORUM »;

Aurel. Victor, *Epitome*, XLVIII : « *Amare cives* (Theodosius), *vel privato contubernio cognitos, eosque honoribus, pecunia, beneficiis cæteris munerare, præsertim quorum erga se vel patrem aspero casu* OFFICIA *probaverat* »; Ovide, *passim* :

« *Pro quibus* OFFICIIS *pretium mihi dulce rependo.* » —
« OFFICII *causa pluribus esse dati* »,

et, en particulier, *Heroid.*, XVIII, v. 145. — Denys Caton nous fournit un exemple frappant de cette synonymie parfaite, signalée ci-dessus, entre *officium* et *beneficium*, en nous disant :

« OFFICIUM *alterius multis narrare memento,*
« *Atque, aliis cum tu* BENEFECERIS *ipse, sileto.* »

(*Distich.*, I, 15. Cf. *Breves sentent.*, sent. XLI, et P. Syrus, *Max.* 85 et suiv. — *Junge* Q. Cic., *op. sup. cit.*, 5, *in initio.*)

C'est toujours dans cette acception morale et psychologique du mot, dirons-nous, — auquel certains passages de Cicéron (*Pro Mur.*, 34 et 36), de Tacite (*Hist.*, II, 1), de Cornelius Nepos, de Suétone, de Phèdre (*Asinus irridens aprum;* lib. I, fab. 29; éd. Panck.), de Juvénal (II, v. 134), de Denys Caton (*Distich.*, lib. IV, dist. XLII), et de Martial (*Ep.*, I, 56, v. ult.), permettent d'attribuer le sens de dévouement, d'affection, de convenances, de marques de déférence, de respect, d'obligation, d'hommages, d'honneurs rendus, de devoirs, de témoignages de politesse, de gratitude, — que sont employées les expressions de *supremum* OFFICIUM («... OFFICIUM *parens Nato supremum reddo* », dit Andromaque; Sénèque le trag., *Troad.*, v. 761 et 762); — de *suprema* OFFICIA (Tacite, *passim.*); — de *feralia* OFFICIA (Apul., *Metam.*, I); — de *triste* OFFICIUM (« *Defuit* OFFICIO *Paridis præsentia tristi.* » Ovid., *Metam.*, lib. XII, v. 4); — ou de *postremum* OFFICIUM (Orelli, *Inscript. lat.*, n° 4611), — pour désigner les derniers devoirs ou devoirs suprêmes. — (Cf. Orel., *Inscrip. lat.*, n°s 4263 et 4627, et Petr., *Sat.*, cap. CXVI; éd. Panck.)

Il est dès lors facile de comprendre, par tout ce qui précède, comment, par suite d'une dégénérescence presque fatale, le mot *officium* put s'entendre d'un acte de soumission, dont s'acquittaient envers les patrons, parfois avant l'aurore, — (« OFFICIA *antelucana* », dit avec esprit Plin. Jun., III, ep. 12; — Cf. Q. Cic., *De petit. cons.*, 12, 13; — Senec., *De brevit. vitæ*, 14; — Juv., sat. v, 19; — Mart., X, epig. 82, et I, epig. 56, déjà mentionnée), — les *officiosi* (Voy. sur ce mot Pomp. Festus, v° OFFICIOSUS), — *salutatores* (Q. Cic., *De pet. Cons.*, 9; Tac., *De orat.*, 13), — ou *salutantes* (Virgil. : « *Mane* SALUTANTUM *totis vomit ædibus undam.* »; *Georg.*, II, v. 462. — Voy. P. Barral, *op. cit.*, V° OFFICIOSI). — Et voilà aussi comment il se fait que l'on rencontre dans Juvénal et dans Pline le Jeune le mot *officium* pour désigner un cortège, une suite, et qu'on le retrouve au pluriel dans Claudien et dans Quintilien, signifiant amis, familiers ou serviteurs d'une maison, aides, appuis ou soutiens, en parlant des personnes. (Cf. en grec le mot θεραπεία.) — Cette observation de pur fait nous donne l'explication toute simple de l'habitude de langage prise à Rome d'appeler du nom d'*Officium* l'escorte

privé ou public (*ministerium*) (10), de charge, de fonction, de

---

ou train, comme on eût dit jadis, des magistrats. Elle nous fait de même comprendre comment, sous le Bas-Empire spécialement, on a pu désigner par *officium* ce que nous appelons aujourd'hui Bureau, et par *officiales*, les officiers, fonctionnaires ou employés composant ce bureau. (Voir sur ces divers points : Apul., *Metam.*, I, *in fine*, où il est parlé de l'*officialis* d'un édile; tit. 7, lib. VIII, C. Th.; tit. 60, lib. XII, C. Just.; Du Cange, *Glossarium mediæ et infimæ latinitatis*, V° OFFICIALIS; Mommsen, *op. cit.*, pp. 318 et suiv.; Serrigny, *Droit public et adm. romain*, t. I, pp. 164 à 178; Voy. aussi *infra*, *Droit romain*, 1re partie, §§ 3 et 4. — Comp. la locution *Magister* OFFICIORUM, maître des offices ou chef suprême des bureaux de l'empereur; rub. tit. 31, lib. I, et rub. tit. 6, lib. XII, C. Just. — Le mot *officialis* a passé dans notre ancien droit, et c'est de lui qu'est venu le terme d'officier, qui y était employé dans un sens analogue, au propre comme au figuré; Du Cange, *loc. sup. cit.* — Comp. : *Coutumes et règlements de la République d'Avignon au treizième siècle*, capp. XX et seq.; capp. XXIII, XXV, XXVIII, XXXIV, XXXVI, publiés par M. R. de Maulde, *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1878, pp. 702 et suiv.) — On consultera avec fruit sur ce qui précède, *passim*, la *notitia dignitatum utriusque imperii*, sorte d'almanach impérial dont la date d'apparition, quoique conjecturale, peut être fixée au commencement du cinquième siècle. (*Sic* : MM. Guizot, *loc. inf. cit.*; F. Walter, *Geschichte des römisch. Rechts*, 3e éd., Bonn, 1860, t. I, p. 442, § 291, note 2, et p. 534, note 10; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 4e éd., t. I, p. 309, note initiale sur le n° 205; Klipffel, *Etude sur le rég. municip. Gallo-Rom.*; *Nouvel. rev. hist.*, 1879, p. 399, note 1, et p. 400; M. de Valroger, à son cours.) La *notitia* contient le tableau de tous les fonctionnaires de l'empire, de toute l'administration, de tous les rapports du gouvernement avec les sujets; c'est, en un mot, une espèce de géographie administrative, dont les nombreuses cartes peuvent être comparées à celles qui, chez nous, sont contenues dans l'*Almanach national*. Pancirole (Venise, 1593) et Godefroy (éd. Ritter, t. 6) ont savamment commenté ce précieux document, dont la première édition fut donnée par Alciat (Lyon, 1529), et dont M. Guizot (*Hist. de la civ. en France*, 14e éd., t. I, p. 87) a pu dire avec vérité que : « Nul ouvrage ne contient autant de faits singuliers et curieux sur l'état intérieur de cette société. » Le même auteur indique (*eod.*, note 2) que : « La meilleure édition est celle qui se trouve dans le t. VII des *Antiquités romaines* de Grævius. » Il ne faut pas oublier ici de citer le nom d'Edouard Böcking, qui en a également publié à Bonn, en 1839, une édition remarquable par sa profonde érudition. — (Voyez notamment dans la *notitia* de Böcking, t. I, argum. explic., pp. XIII, 2, et suiv., et index, Vie OFFICIA, OFFICIALES, OFFICIUM. — *Adde* : *Notitia dignit. Codic. Theod.*; éd. Ritter, t. 6, f° 11, col. rect., de la *notitia*, v° OFFICIUM; *Junge* : t. 2, ead. ed., p. 597; t. 5, pp. 232 et suiv.; *Notæ* J. Gothof., ead. p. (h), et in comment., p. 235, col. rect., 2.)

(10) Tel est même le sens étymologique que lui donne Loyseau (*loc. cit.*, n° 13), d'après l'origine et la racine qu'il lui a reconnues : « ... il me semble... que sa dérivation vient de *ob*, *id est*, *circa*, *vel propter*, et *facio*, de sorte que *Officium* signifie un employ continuel ou ordinaire à un certain ouvrage. » — Il est des philosophes, Hécaton, entre autres, comme le rapporte Senèque (*De benef.*, III, 18), qui ont très-subtilement cherché à établir la distinction entre les trois mots *beneficium*, *officium* et *ministerium*. Quoique celle qu'ils présentent puisse à la rigueur être acceptée en raison, sinon en fait, au moins d'une façon absolue, elle ne nous paraît ébranler en rien la synonymie que nous avons cru pouvoir faire ressortir des observations émises dans la note précédente entre *officium* et *beneficium*, pas plus que celle que nous signalons au texte, entre le premier de ces deux termes et le mot *ministerium*. Nos

mission (11), de ministère (au figuré) (12) ou de service (13), d'office ou de devoir (dans le sens de fonction) (14), d'affaire (15), de soin, d'entremise, d'intermédiaire (16), d'occupations (*officia*),

---

conjectures sont, au reste, appuyées sur bon nombre de textes. Voyez, pour la première, la note 9 supra. Quant à la seconde, le vers bien connu de Virgile :

« ... *Pars ingenti subiere feretro,*

« *Triste* MINISTERIUM.... »,

rapproché du vers précité d'Ovide (*Metam.*, lib. XII, v. 4), et cette phrase du biographe Lampride : « *Aulicum* MINISTERIUM *in id contraxit, ut essent tot homines in singulis* OFFICIIS *quot necessitas postularet.* » (*Alex. Sev.*, 41), si on poursuit surtout la lecture du texte, écartent toute contradiction. — (Cf. Cod. Th., éd. Ritter, t. 2, f° 215, col. rect.) — Ajoutons que Cujas (*Observ. et emendat.*, lib. IV, cap. XXII), suivant en cela la traduction de l'interprète grec Cyrille, prend le mot *officium*, charge publique, *pro* MINISTERIO, emploi public (Voyez *infra*, note 22), dans la L. 38 pr., *De ritu nupt.* (D., XXIII, 2. — Voir Loyseau, *eod.*, n° 2), et trouve par là moyen de concilier ce texte avec celui de la loi unique au Code : *Si Rector Provinciæ.* (Lib. V, tit. 2.) — Cf. Donelli *Opp.*, t. 3, col. 972, XIX ; éd. Flor., 1847.

(11) Voir par exemple L. 55, fr. Ulp., *De re judic.*, D., XLII, 1 ; Aulu Gelle, XII, 3, 1.

(12) Plin., *Epist.*, III, 9 ; Val. Max., IX, 1, 8.

(13) C'est bien en ce sens qu'Orelli a donné pour rubrique au cap. 9 de ses inscriptions : « *Servi.* OFFICIA *domus Augustæ. Liberti* », emplois, services, charges et fonctions dont il a tracé un tableau sous le n° 2974. (*Junge* Henzen, t. 3, p. 508.) — Cf. dans ce sens de fonction, de mission : Ulp., L. 13 § 4, *Ad Sc. Trebell.*, D., XXXVI, 1, et Spartian., *Vie de Pescennius*, 3 : « *In quo* OFFICIO, *quod se honeste gessit, jucundissimum fuit Severo.* » (Voyez aussi *Cout. et rég. de la Rép. d'Avig.* précités, cap. CXXXI, *loc. cit.*, p. 597.) — Notons enfin que le mot office est encore très-usité dans le sens de service, au figuré, notamment dans la locution de faire ou remplir l'office de..., c'est-à-dire tenir lieu de..., ou la place de..., servir de..., ou faire le service de..., faire fonction de... — (Comp. l'expression *vice et* OFFICIO *fungi*, qu'on peut traduire exactement par remplacer, tenir la place de... L. 12, fr. Proc., *De officio Præsid.*, D., I, 18 ; pareillement *fungi* OFFICIO ; voir rub. tit. 10, lib. XII, C. Th., et rub. tit. 35, lib. V, C. Just.) — Comparez *infra* note 19.

(14) Au singulier (ex. gr. Const. 1, *Quando mulier*, C. Just., V, 35) ou au pluriel. Ce sens du mot *offices*, signifiant *fonctions*, est encore très-usité de nos jours. (Voir Pascal, *Pensées ;* éd. Ern. Havet, t. 2, p. 28, note 2.)

(15) Cette terminologie se dégage très-nettement de la langue littéraire, où le mot *officium*, employé en ce sens, fonctionne comme synonyme de *ministerium*. C'est ainsi, notamment, que les expressions « *delegare* OFFICIUM *alicui* » et « *delegare* MINISTERIUM *Triumviris* », employées la première par Quintilien (*Inst. orat.*, IV, 5, 1), la deuxième par Tacite (*Agricola*, 2), correspondent à l'idée de remettre, de confier une affaire à quelqu'un. (Voy. dans la *Nouv. revue hist. de dr. fr. et étr.*, 1878, pp. 509 et suiv., l'intéressante étude de M. Gide, *De la Délégation en droit romain*, où le savant professeur relève, p. 514, texte et note 2, dans les deux textes précités, le sens spécial, plus littéraire que juridique, du mot *delegare*. Consulter aussi le même auteur, *Etudes sur la novation et le transport des créances, en dr. rom.*, p. 386, texte et note 2.)

(16) Voir L. I § 4, fr. Hermog., *De muner. et honor.*, D., L, 4. — Comp. les expressions françaises : par les soins, l'entremise, l'intermédiaire ou les bons office de M. un tel.

de rôle, de but, de dessein, de fin (17), ou de propriété (18),

(17) De là les locutions : OFFICIUM *civile*, *virile* (ou *virile munus*, Const. 1, *Quando mulier*, C. Just., v, 35. — Voy. Donelli *Opp.*, *Index generalis*, v° OFFICIUM.) Ces expressions sont très-fréquentes dans le langage juridique. Ainsi, pour en citer un exemple saillant, on sait que la prohibition du Sc. Velléien, relative à l'*intercessio* des femmes, et l'exception qui en découle en leur faveur, ont pour fondement le désir de voir la femme rester étrangère au Forum, et ne point participer aux OFFICIA *civilia* ou *virilia*. (Voir sur ce point L. 1 § I, fr. Paul., *Ad Sc. Velleian.*, D., XVI, 1; — Comp., d'une manière plus large, la loi 2, fr. Ulp., *De reg. jur.*, D., L, 17.) De même, dans le sens indiqué au texte, le mot *officium* devient parfois synonyme de *opera*, et est pris alors tantôt en bonne, tantôt en mauvaise part. (Cf. les expressions suivantes : OFFICIO *togæ virilis interesse*, Plin. jun.; « *dicemus calumniatoris esse* OFFICIUM, *verba et litteras sequi, negligere voluntatem.* »; *Ad Herenn.*, II, 10. — Cf. Cic., *In Q. Cæcil. divin.*, 14 *in fine*, où l'on peut traduire le mot *officio* par rôle ou par fonction; — «... *Vel ad mores difficilis vel ad fidem incredibilis eadem pernitiosissima regula ad mentientis auctoris consilium* OFFICIUM*que referatur.* »; St Jérôme, *Partis* II, *Tractatus* II, *Epist.* XXVII, Fol. XLIII, recto, du précieux incunable du 20 août 1518, qui se trouve à la bibliothèque de Tours.) — C'est de ce sens du mot *officium* que dérive sans contredit le qualificatif *officiosus*, officieux, pris substantivement ou adjectivement. Pris *substantivement*, ce mot désignait à Rome l'esclave qui gardait les vêtements des baigneurs, et on sait qu'à une certaine époque de notre histoire le nom d'*officieux* avait été donné aux valets concurremment avec celui d'*auxiliaires*. Cette dernière appellation est encore d'usage dans les prisons, paraît-il, et désigne les prisonniers qui servent les autres moyennant salaire. (Voy. bibl. lat.-fr. de Panck., t. 194, p. 337, note 6 précitée.) — Pris *adjectivement*, on le rencontre dans les phrases suivantes : « ... *Illa* OFFICIOSISSIMA *quæ neminem patitur non honeste in urbem introire, tota natio candidatorum* », dit Cicéron (*Pro Mur.*, 33); — « OFFICIOSUS *dolor* », douleur de convenance (Cic., *Tuscul.*, III, 28); — « OFFICIOSI *labores* », soins officieux (Cic., *Pro Mil.*, 5); — « *Si enim ad scripturas sanctas admissa fuerint : velut* OFFICIOSA *mendacia : quid in eis remanebit auctoritatis?* » (St Jérôme, *Partis* II, *Tract.* II, *Epist.* XXVIII, f° XLIII, verso, incun. 1518). — Cf. aussi le passage précité de St Jérôme qui, dans l'*Epist.* VIII, *in initio Partis* I, *Tractatus* II, oppose très-exactement *molestus* (importun) à *officiosus* : « *Quod ad te hucusque non scripsi* (l'incunable de 1518 porte *scripsiT*; mais cette dernière lettre est évidemment de trop, et elle n'existe pas d'ailleurs dans l'incunable du 31 juillet 1513, qui se trouve à la même bibliothèque), *causa fuit silentium tuum. Verebar enim ne si tacenti scriberem*, MOLESTUM *me magis quam* OFFICIOSUM *putares.* » (Incunable 1518, f° XXVI, verso.) — Cicéron prend de même parfois l'épithète *officiosus* en bonne part. (Voir notamment *Pro Planc.*, 19.) — C'est encore en raison de ce parallélisme de sens entre *officium* et *opera* que Cicéron (*Pro Mur.*, 33 *in fine*) emploie la locution « *in isto* OFFICIO », qui ne signifie pas autre chose que : *dans ces circonstances*.

Dans le sens tout voisin de but, de dessein ou de fin, voir cette phrase de St Jérôme : « ...*Qui contra nititur : dicet illud quod prolatum erit honesto aliquo* OFFICIO *scriptorem esse mentitum.* » (Ep. XXVIII précitée.) — On peut enfin ajouter, comme rentrant dans le sens indiqué au texte, l'expression « l'office de la loi », que l'on rencontre dans le discours préliminaire du Code civil.

(18) Au figuré, dans le sens de : Le propre d'une chose; notamment dans ces deux mots de Lucrèce, OFFICIUM *corporis*, la propriété des corps. (*De rer. nat.*, I, v. 337 et 363.) — C'est dans un sens analogue que Paul dit avec sa précision bien connue et sa très-brève concision, qu'une règle, « *simul cum in aliquo vitiata est, perdit* OFFICIUM *suum* », perd sa propriété, c'est-à-dire son caractère, sa nature, son cachet,

en parlant des personnes et des choses (19).

Finalement, ce mot si complexe et si riche en significations de tous genres, même mauvaises (20), après avoir servi encore à désigner l'ensemble des actes qu'a le pouvoir de faire, et à l'accomplissement desquels est tenu le citoyen qui a reçu la délégation de telle ou telle partie de la puissance publique (21), fut employé,

---

son application, ne répond plus à son but. (L. 1, *in fine*, *De reg. jur.*, D., L, 17.)

(19) Cette déflexion se remarque dès l'époque de Cicéron et d'Horace :

« ..... *Nec non vernaliter ipsis*
« *Fungitur* OFFICIIS..... »,

dit ce dernier (*Sat.*, II, 6, v. 108 et 109). — Cf. Juvenal.; Quint.; Cæs. : « *Toti* OFFICIO *maritimo præesse* » ; Tacit. : « OFFICIA *cœrimoniarum exsequi.* » — Cf. encore dans ce sens d'emploi, de fonction, Sigonius, *Index in libros de Rep. Heb.*, et B. Sulp., *Hist. Comm.*, V° OFFICIA. — *Adde*, dans le sens tout voisin de métier, de travail, de besogne, de tâche, Tit. Liv., J. Freinshemii *Suppl.*, lib. XVII, 3 : «...*Dum naves compinguntur, futuri remiges in littore sedentes* OFFICIA *sua docerentur* »; Flor., Prop., et rub. tit. 10, lib. XII, C. Th. Enfin Juvénal, employant ce terme pour signifier : avoir affaire en quelque lieu,

« ..... OFFICIUM *cras*
« *Primo sole mihi peragendum in valle Quirini* »,

(sat. II, v. 132 et 133), prouve bien la vérité de ce que nous avançons.

(20) On trouve en effet parfois, dans les auteurs, les termes *officium* et *officiosus*, ou bien pris en mauvaise part (Cf. Prop., Petr.), ou bien employés dans un sens tout à fait dégradé. (Cf. Tertul., *De anima*, I, 27 ; Suet., *Calig.*, 25 ; Petr., *Sat.*; Plaut., *Cistellar.*, v. 380 ; Mart., *Ep.*, IX, 68, v. 3.) — Voir *Glossarium erot. ling. lat.*, Paris, 1826, V° OFFICIUM, où ces divers renseignements ont été puisés. Cf. Pomp. Festus, V° OFFICIOSUS, et la note 6 déjà citée du traducteur, *loc. cit.*

(21) Les preuves abondent ici. A titre de simples exemples, nous renverrons à la rubrique du titre 17, lib. IV, aux Inst. (*Junge*, L. 8, fr. Afric., *De eo quod certo loco*, D., XIII, 4.; L. 9 § 7, fr. Ulp., *Quod met. caus.*, D., IV, 2; L. 55, id., *De re judic.*, D.; L. 43, fr. Afric., *Ex quib. caus. majores*, D., IV, 6; L. 27 pr., fr. Pompon., *De verbor. oblig.*, D., XLV, 1 ; L. 54 pr., fr. Paul., *Loc. cond.*, D., XIX, 2; L. 6, fr. Papin., *De fidejus. et nomin.*, D., XXVII, 7, etc. — Voir aussi un rescrit de Marcus et de Verus, cité par Paul, L. 24, *De tutor. et curator.*, D., XXVI, 5). Nous renverrons encore aux rubriques des titres 10 à 22 inclus. du livre I au D.; à celles des titres 26 à 40 inclus., 43 à 46 inclus., 48, 50 et 57 du livre I au Code de Justinien; à celles des titres 5 à 22 inclus. du liv. I au C. Theod., et à celle du titre 21 de la Novelle de Valentinien III. (Elle est la seconde des six novelles publiées par G. Hænel, à la suite de son excellente édition du *Codex Theodosianus*). Nous renverrons ensuite aux intitulés de deux traités, *De* OFFICIO *senatoris* et *De* OFFICIO *judicis*, le premier de Capiton, le second de Tubéron (Voir là-dessus Th. Mommsen, *op. cit.*, t. I, p. 5, note 1) ; et enfin aux différentes inscriptions des lois appartenant aux divers titres du Digeste que nous venons d'indiquer ; elles nous révèlent l'existence de nombreux ouvrages relatifs au point qui nous intéresse, et qui sont dûs à de célèbres jurisconsultes, tels qu'Ulpien, Aurelius Arcadius Charisius, Paul, Venuleius Saturninus, Macer. Il est seulement à remarquer qu'aucune de ces inscriptions ne vise l'œuvre de Paul *De* OFFICIO *Proconsulis*, dont ce jurisconsulte est pourtant

d'une manière en quelque sorte plus propre et plus significative, dans le sens de fonction publique (22), et comme véritable syno-

---

l'auteur, et qu'on peut ajouter à la liste des précédentes. — On rencontre encore en ce sens dans les textes l'expression « *Alicujus* (*magistratus*, par exemple) OFFICII *esse.* » (L. 11, fr. Cels., *De probat.*, D., XXII, 3. — Cf. « *Ad magistratus* OFFICIUM *pertinere* »; L. 38 § 2, fr. Papir. Just., *Ad municip.*, D., L, 1; et « OFFICIUM *consulatus* »; Plin. Jun., *Epist.*, III, 18, *in initio.*) Cette signification du mot *officium* doit être distinguée avec d'autant plus de soin de la suivante, que parfois les deux sens se trouvent réunis dans la même phrase, comme dans cette rubrique au Code Théodosien et au Code de Justinien : « *De* OFFICIO *Magistri* OFFICIORUM. »

(22) Voir LL. 1 pr., fr. Marcian., et 4, fr. Venul. Saturn., *De leg. Jul. repet.*, D., XLVIII, 11 ; L. 3 § 1, fr. Ulp., *De decurion.*, D., L, 2; — « OFFICIA *administrare — tempore* OFFICII *sui.* » (Const. 3, *Si cert. pet.*, C. Just., IV, 2); — « *Deponere* OFFICIUM. » (Const. 3, *De probat.*, C. Just., IV, 19; Const. 6, *Ad leg. Jul. repet.*, C. Just., IX, 27). *Adde* Lamprid., *Alex. Sev.*, 27 *in initio*; Frontin., *De aquis*, 99 et 101; dans ce dernier passage, le mot *officium* se réfère à la charge ou fonction publique des *apparitores* (Th. Mommsen, *op. cit.*, t. I, p. 318, note 2, *in fine*). — « *Inquisitionis* OFFICIUM », dit encore Pline (*Epist.*, III, 9). Cf. aussi les expressions *censualium* OFFICIUM et OFFICIUM *censuale*, pour signifier l'office ou le bureau des employés du cens, et l'office ou le bureau du cens. (Const. 1, *De studiis liberal. Urb. Rom. et Constantinop.*, C. Th., XIV, 9.) — Voir dans le même sens *Tab. d'Aljustrel*, lin. 23. — Ce qui tend bien à établir que cette signification dernière était destinée à répondre à des besoins pratiques nouveaux, c'est la date relativement récente de son introduction. On ne la rencontre guère avant le dernier siècle de la République. On trouve bien au septième siècle de Rome, à une date d'ailleurs fort incertaine (Comp. *infra*, *Dr. rom.*, § 1, note 20), une disposition de la *lex Servilia repetundarum* ainsi conçue (cap. I) : « *Quantum pecuniæ in magistratu potestate curatione legatione, vel quo alio* OFFICIO *munere ministerioque publico*, etc... »; mais ce n'est là qu'une restitution. (Voir M. Giraud, *Nov. Enchir.*, p. 596.) — C'est surtout au premier siècle de notre ère, dans Sénèque le Philosophe, Pline le Jeune (voir note 9, *supra*) et Suétone, qu'on en peut trouver les premiers exemples vraiment frappants et topiques. Ainsi, Sénèque parlant de L. Pison, qu'il qualifie *Urbis custos*, dit de lui : « OFFICIUM... *suum, quo tutela Urbis continebatur, diligentissime administravit.* » (Epist. LXXXIII.) De même, nous lisons dans Suétone (*Aug.*, 37), au sujet d'Auguste : « *Nova* OFFICIA *excogitavit...* », et dans sa vie de Domitien (7) : « *Quædam ex maximis* OFFICIIS *inter libertinos equitesque Romanos communicavit.* » — Mais à l'époque classique, cette dilatation suprême de notre terme était très-visiblement accomplie, et, dès le milieu du second siècle de notre ère, le langage usuel et courant des jurisconsultes s'était définitivement emparé du mot *officium* dans le sens signalé au texte. (Voir, par ex., ce que dit Papinien dans la L. 38 pr., *De ritu nuptiar.*, et dans les lois 11 pr., et 13, *Ad municip.*, D., L, 1. — Cf. Paul., L. 21 § 1, *Ad municip.*; L. 18, *De verb. signif.*, D., L, 16; Marcianus, L. 57 pr., *De ritu nuptiar.*, et L. 30 pr., *Ad Sc. Trebell.*, D., XXXVI, 1; Papir. Just., L. 38 § 6, *Ad municip.*; Cf. Imp. Gordian., Const. 3, *Si certum petat.*, C. Just., IV, 2; Spartian., *Hadrian.*, 22 : « *Pontificis Maximi* OFFICIUM *peregit.* » — Voir aussi Nov. VIII, *passim*, et, en particulier, cap. V, rub. et texte, et Nov. CLXI, *præfat.*). On rencontre également en ce sens dans les textes l'expression d'OFFICIO *fungi* que nous avons déjà relevée. (Voir, par ex., C. Th., lib. XII, tit. 10, rub.; Cf. Const. unic.). En parcourant le Digeste et surtout le Code Théodosien et celui de Justinien (spécialement le livre XII de ce dernier), on pourrait faire une abondante récolte de textes, où le mot *officium* est employé dans le sens de fonction publique.

nyme du mot *functio*, dont les Empereurs Valens et Valentinien se servent au sujet du décurionat dans une constitution de 365, d'un latin barbare (23).

Quoi qu'il en soit, si une conclusion doit ressortir des quelques observations qui précèdent, elle ne saurait être autre que celle-ci : c'est qu'il est manifeste que primitivement, pour désigner ce que nous entendons aujourd'hui par *office*, aucune des langues anciennes (24) ne nous fournit de terme particulier et

---

— Nous devons signaler enfin la locution « *ex* OFFICIO », que l'on rencontre dans plusieurs textes (ex. gr., L. 21 § 1, fr. Paul., *Ad municip.*, et rub. tit. 38, lib. XI, C. Just.), touchant la responsabilité de certains fonctionnaires, et qui signifie que le fonctionnaire dont s'agit est tenu à raison de sa charge. — Comp. M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. 2, p. 352, note 1. — Il y a plus : les mots *publicum* OFFICIUM se trouvent franchement employés en toutes lettres dans la rubrique du titre 15, lib. VIII, C. Th., et dans celle du titre 31 de la Novelle de Valentinien III, signalée note 21. (Voir aussi const. 6, *De honorar. codicill.*, C. Th., VI, 22 ; const. unic., *Ad leg. Visell.*, C. Just., IX, 21 ; const. 3, *in fine*, *De apparit. præf. præt.*, C. Just., XII, 53.) Et de même Aurelius Victor, parlant d'Hadrien (*Epit.*, XIV), dit : « OFFICIA *sane publica, et palatina, nec non militiæ, in eam formam statuit, quæ, paucis per Constantinum immutatis, hodie perseverant.* » (Consulter sur ce texte Th. Mommsen, *op. cit.*, 2ter Band, 2te Abtheil., p. 949, note 1, et *infra*, *Dr. rom.*, § 2, note 6, et § 4, note 8.) — Voir aussi Africanus (L. 29, *Ex quib. caus. maj.*, D., IV, 6). — Nous avons au reste déjà rencontré, dans Pline le Jeune, l'expression de *publica* OFFICIA. (Note 9, *supra*. — Comp. l'expression d'« *office public* », employée tout récemment au regard des notaires par la cour de Cassation ; Civ. Cass., 7 janvier 1879, 2e consid. *in fine ;* Gazet. Trib. du 15 janvier, p. 46, col. 1, et du 16 janvier, p. 49, col. 1 ; S. V. 79, 1, 241. Cet arrêt, 3e consid., *locc. citt.*, emploie aussi l'expression très-bizarre de « *remplir l'office de son ministère.* ») — Comp. encore sur le point qui nous occupe Du Cange (*Gloss. mediæ et infimæ latinit.*; éd. F. Didot, Parisiis 1845, t. 4, ve MILES.) C'est également dans le sens de charge ou fonction, que Pierre Carpentier, célèbre antiquaire et paléographe de l'Ordre des Bénédictins de Saint-Maur, dans un des savants *additamenta* dont il a enrichi le Glossaire de Du Cange (*eod.*, p. 705, col. 2, *in initio*), prend notre terme, sous la rubrique : OFFICIUM *pennæ*, expression qu'il commente de la sorte : « *Notarii seu scribæ munus*, Gall. *charge de Greffier*. Charta ann. 1308. in Reg. 41. Chartoph. reg. ch. 107 : *Donamus (Johanni de Pruvino clerico et notario nostro) ad vitam suam* OFFICIUM *pennæ vice comitatus de Bernayo.* » — Voy. aussi Henzen, qui oppose OFFICIA *publica* (*Indic.*, p. 3, VII, 4. Cf. IX, 4) à OFFICIA *privata*. (*eod.*, XI.)

(23) Const. 27, *De decurion. et fil. eor.*, C. Just., X, 31. Cf. *functiones publicæ*, Const. 45, *eod.*, et const. 140, *De decurion.*, C. Th., XII, 1. — Le mot *munus* fonctionne encore comme synonyme d'*officium* en ce sens (L. 18, fr. Paul., *De verb. signif.*, D., L. 16.) — Cf. *Publicum* MUNUS, Fest., lib. XVII, Ve SEXAGENARIOS, *in fine ;* éd. Panck., p. 598. Voir aussi lib. XI, Ve MUNUS, *eod.*, pp. 236 et 261.

(24) Ainsi les Hébreux n'avaient point de mot propre pour caractériser les offices inférieurs, ni de terme technique pour désigner tous les offices. Ils employaient à l'origine et même encore du temps de David le mot *côhén* pour qualifier tout ensemble les principaux officiers, nous voulons dire les princes et les magistrats. (II *Reg.*, VIII, 18. Cf. I *Paral.*, XVIII, 17. — De cette dénomination, qui fait surgir dans l'esprit

« *univoque* », ainsi que dit Loyseau (25), capable d'embrasser par lui seul tout ce que comprend notre désinence actuelle dans sa généralité (26).

---

l'idée de protection, on peut rapprocher celle de Μετοικοφύλακες, que Xénophon emploie pour désigner les magistrats destinés à veiller sur les étrangers, et celle de *Baillifs* qui, en vieux français, signifiait gardiens ou protecteurs.) Les premiers rois avaient, en effet, reçu la triple mission de commander les armées, de rendre la justice et de diriger le culte dû à la divinité. Depuis la législation de Moïse, d'après laquelle le sacerdoce n'appartenait plus, chez les Hébreux, qu'à la tribu de Lévi et à la famille d'Aaron, les rois ne conservèrent cette dernière attribution qu'en vertu de cette considération que, chargés de maintenir l'exécution générale des lois, c'était à eux que devait incomber le soin de s'occuper (*ea specie*) des affaires du culte, en veillant à l'application des lois qui le concernaient. — Trois autres dénominations très-générales étaient usitées pour signifier le roi. C'étaient celle de *Adôn* ou seigneur, maître, celle de *mélech* ou roi, et celle de *meschiah Yehôva*, littéralement l'oint de l'Eternel. (Consulter à cet égard l'*Introduction hist. et crit. aux livres de l'Ancien et du Nouveau Testament*, par M. J.-B. Glaire, t. 2, p. 303, nos 4 et 5.)

Pareillement, les Grecs avaient recours, suivant les cas, à l'une ou à l'autre des quatre dénominations suivantes : ἀρχή, qui n'était usité que fort improprement pour englober toutes sortes d'offices (Cf. Aristote, *Politiq.*, liv. III, ch. I, et liv. VI, chap. dernier); δύναμις et τιμή, mots qui, après avoir été, dans un sens un peu éloigné, accommodés aux offices, servaient plus fréquemment que le précédent pour les comprendre tous. En quatrième lieu, on trouve aussi λειτουργία; on dit en effet : τινὰ τῆς λειτουργίας εἴργειν, pour signifier : priver quelqu'un de son office (charge publique).

Enfin la même observation peut être faite chez les Romains : dans la langue latine, les diverses fonctions publiques étaient appelées à peu près indifféremment soit *magistratus*, par dérivation de *magister* (L. 57 pr., *De verb. signif.*, D.), terme unique à la vérité, mais qui évidemment, loin de s'appliquer à tous les offices, n'en comprenait que le principal (Cf. Varro, *De ling. lat.*, lib. IV); — soit d'une façon plus compréhensive, mais alors sous forme de périphrase, *munera publica*, expression équivoque, puisque Paul lui assigne les trois sens de *donum*, d'*onus* et d'*officium* (L. 18 précitée, *De verb. signif.*, D. — Cf. Donelli *Opp.*, t. 11, col. 1811, 1); — soit enfin *honores* ou *dignitates*. — (Comp. *infr.*, note 58). — Nous avons suffisamment expliqué ci-dessus, pour n'y plus revenir, que ce ne fut que tard que le mot *officium* (*hoc sensu*) fut substitué à tous autres, et encore ne fut-ce, à l'origine, qu'avec une certaine timidité, et surtout de la part des jurisconsultes qui, contraints qu'ils étaient par la nécessité, n'ayant pas d'autre terme au service de la manifestation de leur pensée, se hasardèrent les premiers à faire usage de celui-là. Après Dioclétien, on l'employa indifféremment de concert avec le mot *munus ;* mais, en fin de compte, il réussit à devenir, dans le dernier état de la jurisprudence de l'empire Romain, le terme unique par lequel on désigna indistinctement tous les offices. C'est ainsi, du moins, qu'au XIVe siècle, Harmenopule interprète ce terme. (Voy. dans le même sens, Loyseau, *loc. cit.*, no 24.)

(25) *Op. cit.*, liv. I, chap. I, no 1.

(26) Cela a d'autant plus lieu d'étonner, que, comme le remarque fort bien Loyseau, (*loc. cit.*), les associations humaines ayant été, de tout temps, régies par des institutions politiques quelconques, on ne peut pas plus imaginer une société sans gouvernement, quelle qu'en soit la forme, qu'un gouvernement sans officiers. Aristote (*Politiq.*, liv. IX, chap. VIII) et Cicéron (*De leg.*, III, 1; éd. Panck.) l'avaient observé avant lui.

Chez nous, après avoir subi des variations de sens aussi nombreuses que dans les langues antiques (27), le mot *office* finit

(27) Voy. Du Cange, V° OFFICIUM ; l'abbé Girard, *Synonymes françois;* éd. revue par Beauzée, Paris, an IV, t. 2, art. 110 et 111, pp. 161 et suiv.; Guizot, *Dict. univ. des synonymes*, 5e éd., nos 981 et 982, pp. 512 et suiv.; Littré, *Dict.*, mot OFFICE, 1 et 2. — A proprement parler, *office* signifie et ne peut signifier que ce que son origine étymologique, philosophique et philologique lui permet de désigner, savoir ce qu'un chacun de nous a à faire (τὸ ἔρ,ον, τὸ καθῆκον), ce qu'il doit avoir à tâche d'exécuter. (Voir le *Nouv. dict. civil et canon. de dr. et de pratique*, par Me..., avocat au Parlement, Paris 1707, mot OFFICE ; et comp., dans ce sens très-pur du mot : Amyot, dans les quelques pages « aux Lecteurs » dont il fait précéder sa magnifique traduction des *Vies des hommes illustres de Plutarque;* éd. de Cussac, Paris 1801, t. I, p. lv, XXVII.) Au XVIIe siècle, cet âge classique du pur parler, Molière a bien pris le mot dans cette acception, quand il a mis ces quatre vers dans la bouche de M. Loyal :

« Monsieur, je ne dois point avoir affaire à vous ;
« C'est à Monsieur ; il est et raisonnable et doux,
« Et d'un homme de bien il sait trop bien l'*office*,
« Pour se vouloir du tout opposer à justice. »

(*Tartufe*, act. v, scène 4.)

Comparez de même dans Voltaire (*Siècle de Louis XV*, chap. XXII, *in fine*) le passage cité dans le discours de rentrée prononcé le 4 novembre 1878 par M. le Proc. Gén. Humbert : *Eloge de M. le Mis d'Audiffret, président honoraire de la Cour des Comptes.* (Gaz. Trib., 8 nov., p. 1085, col. 2.) Adde enfin Sainte-Beuve, *Causeries du lundi*, XXII, 6 avril 1857, p. 264 : « Je me suis borné à faire mon *office* et à montrer le chemin », passage cité par M. l'abbé L. Baunard. (*Le doute et ses victimes dans le siècle présent*, 4e éd., p. 68, texte et note 1.)

La formule citée au début de cette note (*office*, ce qu'un chacun de nous a à faire, etc.) a l'avantage incontestable d'offrir, dans sa très-brève concision, un procédé aussi aisé que sûr, pour suivre admirablement toutes les inflexions et déflexions de sens, subies par ce terme, qu'il nous a semblé curieux de relever, comme aussi de fournir le moyen très-facile de découvrir celles que, par scrupule pour la patience du lecteur, nous avons, à dessein, passées sous silence. — Pour n'en citer qu'un seul exemple, nous n'avons pas envisagé le mot *office* dans son sens canonique et religieux, quoique ce soit, sans contredit, en se plaçant à un point de vue élevé, le premier *officium* ou devoir de l'homme, d'honorer Dieu en le célébrant. On ne s'étonnera donc pas de voir Ovide employer la locution OFFICIUM *sacri*, pour dire sacrifice. (*Metam.*, XII, v. 33.) — Pareillement, l'expression OFFICIUM *divinum* se rencontre fréquemment dans les canons des conciles (voir *SS. Concilia ad regiam editionem exacta quæ nunc quarta parte prodit auctior Philippi Labbei et Gabrielis Cossartii;* Paris, 1672. — Cf. OFFICIA *sacra;* Henzen, *Indic.*, IV, 3 *in initio* et b, p. 2). — Ajoutons enfin qu'au commencement du IXe siècle, Amalaire, surnommé Symphorius (*Nouvelle biog. gén.*, nom AMALAIRE-SYMPHORIUS, t. 2, col. 273) ou Symphrosius (M. Guizot, *Hist. de la Civ. en France*, t. 2, p. 144), et qui fut directeur de l'école du Palais sous Louis le Débonnaire, émit en 820 un grand *Traité des offices ecclésiastiques*, qu'il publia de nouveau en 827, avec des changements considérables, à son retour du voyage qu'il avait fait pour s'instruire personnellement des rites de l'Eglise de Rome. (On a beaucoup discuté sur cet ouvrage. Agobard et Florus l'attaquèrent vivement aux conciles de Thionville et de Quierzy : dans le premier, l'auteur triompha ; son œuvre, déclarée dangereuse dans le second, ne fut en rien privée de la considération dont elle était entourée.)

de même par être pris dans une acception large et détournée, et, depuis bien longtemps déjà, nul n'hésite plus à l'employer pour caractériser le titre en vertu duquel on peut exercer quelque fonction, quelque charge publique (28).

3°. — *Du mot ESTAT.*

Ce terme (*office*), aujourd'hui unique (29), et qui, placé sur le terrain juridique, ne laisse plus aucune espèce d'incertitude dans l'esprit, au point de vue de la précision du sens, avait jadis reçu un synonyme indigène, dont l'usage (*hoc sensu*) était exclusivement national, mais qui offrait beaucoup d'équivoque, en raison même des acceptions fort diverses qu'il était susceptible de recevoir, selon l'origine latine d'où on le faisait dériver : c'était le mot *Estat* (30).

— Comp. sur tout ce que nous avons dit au sujet des mots *officium* et *officiosus* : Du Cange, *Gloss.*; Aug. Ernesti, *Index Latin. Philolog. Crit. in op. Cicer.*; Quicherat, *Dict. lat.-fr.*; HIS VERBIS.

(28) Comp. Dard, *Traité des offices* (p. 1) : « Le mot *office*, pris dans sa signification la plus étendue, comprend toute charge ou fonction publique. »

(29) Le mot *charge* ne s'emploie plus, en effet, dans l'acception d'*office*. Toutefois, dans l'usage, on donne indistinctement le nom de *charge* à toute sorte d'offices ; c'est ainsi notamment qu'on dit : acheter ou vendre une *charge*. Mais on spécialise de la sorte le mot *charge*, lequel n'est pas synonyme du mot *office*, attendu qu'il comprend, outre les *offices*, divers autres emplois qui en doivent être distingués avec soin. En d'autres termes, s'il est vrai de dire aujourd'hui, comme il l'était autrefois, que tout *office* constitue *une charge*, il ne serait pas plus exact de nos jours qu'il ne l'eût été jadis de renverser la proposition et d'admettre la réciproque. (Voir l'abbé Girard, *op. et loc. citt.*, n° 110, p. 162; et Guizot, *Dict. des syn.*, n° 981, p. 512.) Aussi, dans un but de clarté et afin d'éviter l'équivoque, se sert-on actuellement de la dénomination commune de fonction publique pour désigner les *charges, hoc sensu*. (Voir Merlin, *Rép.*, mot CHARGE, *in initio*, et § 1 ; comp. Domat, *Le droit public*, liv. II, tit. 1, Préambule, et surtout section I, 1, pp. 146 et suiv.; in-f°, Paris, 1723; — Littré, *Dict.*, mot CHARGE, 9°.)

(30) La racine du mot, suivant les cas, peut être aussi bien tirée du verbe *esse* que du verbe *stare* ; et alors rien que de facile à concevoir qu'il puisse désigner tantôt la situation ou condition dans laquelle se trouve actuellement telle personne ou telle chose qui y sont *momentanément* stationnaires, tantôt au contraire une qualité permanente, acquise, ou une condition *définitivement* arrêtée, *stable*. De cette seconde étymologie procède évidemment la synonymie indiquée au texte entre *estat* et *office*, l'*office* étant bien visiblement, par sa vraie nature, une qualité permanente et immanente,

4°. — *Explication historique du mot MINISTÉRIEL.*

Reste maintenant à donner la signification de l'adjectif *ministériel,* épithète pour ainsi dire inséparable de nos jours du mot *office.* Ici, comme pour ce dernier, l'explication ne saurait être qu'historique. La recherche à laquelle nous allons nous livrer nous fournira l'occasion de constater que, si le terme est neuf (31), l'idée qu'il voile est ancienne, et que ce n'est plus guère que par souvenir, plus volontiers dirions-nous par habitude ou par routine, qu'elle se trouve toujours respectée. Le malheur est que, pour la conserver, on l'a abritée sous une expression qui, selon nous, n'éveille dans l'esprit aucune conception capable d'en rappeler le sens original (32).

---

inhérente à la personne — *personæ inhærens.* — Observons toutefois que le mot *estat* est plus large que le mot *office,* qui, lui, ne s'applique qu'aux véritables *offices,* tandis que le mot *estat* comprend à la fois « et l'*office* formé (*officium formatum,* que Du Cange définit ainsi : « *Munus stabile, a quo, qui eo donatus est, ad nutum revocari non potest.* Instr. ann. 1451. inter Probat. tom. 3 Hist. Nem. p. 279 col. 1 »), et la commission, et le grade militaire, et principalement l'ordre. (Loyseau, *loc. cit.,* n° 32.) Cette remarque a son importance pratique, si l'on veut entendre correctement le langage sévère et pur de nos vieilles ordonnances, lesquelles, conservant aux mots leur propriété, réservent très-généralement, pour ne pas dire toujours, le terme *office* aux vrais *offices,* et appellent communément *estats* les commissions, les ordres, les grades militaires. (Loyseau, *eod.* — Comp. sur les significations multiples de notre terme le *nouveau Dict. civil et canonique de droit* précité, mot ETAT ; Littré, *op. cit.,* même mot, et Merlin, *Rép.,* même mot. Il est très-singulier que ce dernier auteur ne rappelle pas, comme les trois précédents, le sens spécial qui nous occupe.)

(31) C'est évidemment par erreur que Dalloz écrit : « La dénomination d'*officier ministériel* est ancienne. » (*Rép.,* mot PRESSE, n° 745.) Cela ne peut s'entendre que d'une façon tout à fait relative. Comp. Carré (*Traité des lois de l'organis. jud. et de la compét. des jurid. civ.;* nouv. éd. revue par V. Foucher, Paris, 1833; t. 2, p. 361, sous l'art. 108, LXIV) : les mots « *officier ministériel* n'étaient pas usités dans la législation ancienne. » *Adde* Toullier (*Le droit civ. fr.,* 5e éd., t. 7, p. 264, *in fine*) : « Ce mot n'était pas usité dans la législation antérieure, au moins dans le sens qu'on lui donne aujourd'hui. » — Voy. aussi Dard, *Traité des off.,* pp. 133, *in fine,* et suiv.

(32) Mais, en revanche, elle peut amener de l'équivoque dans l'esprit. En effet, il arrive parfois qu'elle se trouve employée dans un tout autre sens que celui dans lequel nous l'envisageons ici, et devient synonyme de l'expression : de ou des ministres. (Voir, par exemple, décret du 31 mai 1862, portant règlement général sur la comptabilité publique, chap. XIII, rubr.; MM. Vuatrin et Batbie, *Lois adm. fr.,* p. 1088; comp. les locutions : *Responsabilité ministérielle, département ministériel, arrêté ministériel, circulaire ministérielle,* et tant d'autres.)

Il en est de cette épithète, véritable parure d'occasion, qui habille mal la pensée qu'elle qualifie, comme de ces vêtements à la mode qui essayent de draper, mais qui, au fond, ne présentent qu'une forme ridicule et dépourvue d'étoffe.

Or, l'adjectif *ministériel* procède du terme *ministerium*, qui signifie proprement : office, métier ou emploi d'esclave, de serviteur, service (33), et, en général, ministère, au propre comme au figuré (34), office, fonction (35), soins, entremise ou intermé-

---

(33) « *Carens omni servorum* MINISTERIO », dit Justin. Cf. Tit. Liv., IX, 34 : «... *ab nobilissimis antistitibus ejus sacri ad servorum* MINISTERIUM *religiosus censor* (Appius Claudius) *deduxisti* » ; id., XXII, 25, *in fine* : «... *Patrem lanium fuisse ferunt, ipsum institorem mercis, filioque hoc ipso in servilia ejus artis* MINISTERIA *usum.* » Le même auteur dit ailleurs : « *Quod* MINISTERIUM *fuerat, ars haberi cœpta* » ; et saint Jérôme : « *Manebo in* MINISTERIO *domini.* » Cf. Tacite : MINISTERIUM *belli,* ou simplement MINISTERIA : carrière des armes, service militaire. — Ainsi encore nous avons vu Lampride (note 10 *supra*) employer l'expression de MINISTERIUM *aulicum*, qu'on retrouve aussi dans le même auteur (*eod.*, 15 ; voir enfin *eod.*, 23, passage dans lequel le mot *ministerium* a, d'une façon plus précise et plus topique, s'il est possible, le sens de service). De même Arcadius Charisius dit : « *Corporale* MINISTERIUM *gerere* », faire un service corporel. (L. 18 § 26, *De muner. et honor.*, D., L., 4 ; *junge eod.* § 11, « *Corporis* MINISTERIUM. ») — Cf. au pluriel : *ministeria*, emplois (Suet., *Nero*, 12 ; Lamprid., *Alex. Sev.*, 66 ; Frontin., 117). — Parfois même on se sert du mot *ministerium* par extension dans le sens un peu elliptique de serviteurs (Auson., *Epigr.*, LV, v. 2), d'employés, d'esclaves (c'est-à-dire ceux qui doivent le service) ; « *Prohibueritque lege* » Theodosius « MINISTERIA *lasciva psaltriasque comissationibus adhiberi* » (Aurel. Victor, *Epit.*, XLVIII), et, par suite, de *familia* (voy. sur ce dernier point, une inscription fort curieuse rapportée sous le n° 4359 du recueil d'Orelli ; comp. l'expression française : *le domestique*), voire même de confident (« *Credidere plerique, libertum ex secretioribus* MINISTERIIS *missum ad Agricolam...* » ; Tacit., *Agricola*, 40), et, plus extensivement encore, dans celui de suite, escorte, cortége. Tacite, par exemple, dit : « *Donec Junius Blæsus... circumdaret principis* (Vitellii) MINISTERIA. » (*Hist.*, II, 59. — Cf. Plin. Jun., et le Digeste, *passim.*) Au reste, il n'est pas absolument rare de rencontrer le mot *ministerium* pris *pro ministro.* (Voir au C. Th. Constt. 10 et 14 § 4, lib. XVI, tit. 2.) — J. Godefroy pense même que c'est peut-être du mot *ministeria,* employé dans ce sens, qu'est venu notre terme *ménestrier.* (Voy. *Glossar. nomic. Cod. Theod.*, éd. Ritter, v° MINISTERIUM.) On rencontre de même au pluriel *ministeria pro ministris.* (Th. Mommsen, *op. cit.*, 1er B., p. 310 ; Verwendung der *publici* : « *Alle Gemeindesclaven sind bestimmt zum Dienst der Beamten und heissen auch insofern* MINISTERIA. » — Comp. Frontin., *De aquis,* 101 : *apparitores et* MINISTERIA). Ce n'est pas à dire toutefois qu'on ne trouve jamais le mot *ministeria* pour désigner tout le domestique libre des fonctionnaires. (Ex. gr. Tacit., *Ann.*, XIII, 27 ; Cf. sur ce passage note 39 *infra* ; Plin., *Ad Traj.*, 32. Comp. Th. Mommsen, *ubi supra*, note 5, et pp. 318, note 2 *in fine*, et 327, note 1.)

(34) Voir Plin., *Epist.*, III, 9 ; Tit. Liv., XLV, 31.

(35) Voy. dans le sens de fonction publique, « MINISTERIUM *publicum* », L. 1 pr., fr. Marcian., *De leg. Jul. repet.*, D., XLVIII, 11. *Junge* Tit. Liv., XLV, 32 ; consulter aussi note 22 ; Cf. Lamprid., *Alex. Sever.*, 15 — Comp. l'expression bizarre employée

diaire (36), occupation (37), travail, secours, aide (38). Toujours il caractérise un état de subordination (39). De là découlent directement les mots *minister* et *ministra*, venant tous deux de *ministrare* (servir, être employé à un service, à un office) (40), et dont le sens évident et unique, mis à part tous les dérivés, est celui d'esclave, de serviteur, de domestique (41), de subordonné,

---

en ce sens par l'arrêt de Cass., cité note 22. — Joindre dans le sens d'office, ou fonction privée, les vers de Virgile, cités note 10. — Au figuré, et dans une acception religieuse, voy. Const. 121, *De decurion.*, C. Th., XII, 1, et Constt. 2 et 39, *De episc.*, C. Th., XVI, 2.

(36) « MINISTERIO *Catonis... facta provincia est* » (Vell. Paterc., II, 38; éd. Panck.); « *fraude Tiberii*, MINISTERIO *et opera Cn. Pisonis.* » (Suet., *Calig.*, 2; éd. Panck.) Cf. Plin. Jun., *loc. cit.*; « MINISTERIA *principatus.* » (Tacit., *Hist.*, I, 58; éd. Panck. — Sur ce texte, voir la note du traducteur, t. 142, p. 375.) — Comp. dans le sens indiqué au texte, de soins, d'entremise ou d'intermédiaire, l'expression fréquente dans la pratique actuelle, et même dans la loi, de : *Par le ministère de* M^e^... ; *Par le ministère d'officiers publics* (art. 1596, dern. al., C. civ.), etc.

(37) MINISTERIA *forensia.* (Petron.). Comp. l'expression « *inter hæc* MINISTERIA. » (Const. unic. § 3, *De rapt. virg.*, C. Just., IX, 13.)

(38) « MINISTERIUM *consilii sui offerre.* » (Justin.) Cf. Imp. Leonis constit. XXVI : « *Levari certe senectutis molestias liberorum* MINISTERIO *videmus.* » Voy. aussi *infra.* Comp. l'expression : avoir recours au *ministère* de la justice. — Consulter sur tout ceci Quicherat, *Dict. lat.-fr.*, et *Thesaur. poet.*, V^o^ MINISTERIUM ; G. Freund, *Grand diction. de la langue latine*, traduit en Français par M. N. Theil, *eod. verb.*

Chose très-curieuse : que l'on envisage ce mot au propre ou au figuré, il est absolument impossible de le faire dévier du sens originaire indiqué au texte. C'est ainsi, par exemple, que Tite-Live et saint Jérôme, qui appartenaient à des religions assurément bien différentes, emploient le même mot *ministerium*, pour désigner l'un comme l'autre le culte divin, le sacerdoce (*id est*, le *service* des autels).

(39) C'est ce que n'a pas bien saisi Montesquieu qui, ainsi que nous l'a fait remarquer obligeamment M. Demante, commet un contre-sens dans le § dernier du chap. XVIII (liv. XV) de *L'Esprit des Lois*, lorsque, s'appuyant sur ce passage fameux de Tacite : «... *quippe late fusum id corpus* (libertorum) ; *hinc plerumque tribus, decurias,* MINISTERIA MAGISTRATIBUS ET SACERDOTIBUS, *cohortes etiam in urbe conscriptas...* » (*Ann.*, XIII, 27), il écrit que les affranchis « pouvoient avoir part aux charges et au sacerdoce même. » Non ; Tacite veut dire que c'est dans le corps des affranchis qu'on recrutait la plupart du temps les subordonnés des magistrats et des pontifes. — Brotier, au contraire, ne s'y est pas mépris. Nous lisons, en effet, dans une note explicative qu'il met sur le mot *ministeria*, dans son excellente édition des œuvres de Tacite, à propos d'un passage précité (*Hist.*, I, 58) : « MINISTERIA. — *Lictores, viatores, præcones, aliique multi magistratuum et sacerdotum ministri.* » — Sur le mot *ministerium*, consulter le *Glossaire* de Du Cange.

(40) « *Servi* MINISTRANT, *quos statim idem lacus haurit* », dit Tacite. (*Germania*, 40, *in fine.*) — Comp. le mot *ministrator*, rapproché précisément du mot *minister*, dans Varron. (*De ling. lat.*, VII, 58.) — On trouve aussi le verbe *ministrare* dans le sens dérivé d'accorder. (Const. unic., *De sent. Præf. Præt.*, C. Just., VII, 42.)

(41) « MINISTER *Falerni* » (Horat.) ; « *Poculi* MINISTER » (Orel., *Inscr. lat.*, n° 2882) ; « MINISTER *Phrygius* » (Martial.) ; « *Centum aliæ, totidemque pares ætate* MINISTRI,

d'auxiliaire, de ministre, au propre ou au figuré (voir note 43) (42), de personne, en un mot, qui aide, assiste, seconde, ou exécute (43).

Qui dapibus mensas onerarent » (Virg.) ; « *Apta* MINISTER *Tempora nactus, adit* » (Ovid.); « *Una* MINISTRARUM *solita est, Cadmei, tuarum* » (id.); « *Puer, notarum præpetum Sollers* MINISTER, *advola.* » (Auson., *Epig.*, CXLVI.) — *Junge :* Suet., *Claud.*, 29; Lamprid., *Alex. Sev.*, 41; Aurel. Vict., *Epit.* XIV, *in fine :* «... *Cruciatu membrorum fere omnium confectus* (Hadrianus), *in tantum ut crebro sese interficiendum* MINISTRORUM *fidissimis precans offerret...* » — Le sens indiqué au texte est démontré d'une façon péremptoire par l'origine étymologique de notre terme, comme aussi par sa décomposition et son rapprochement du mot *magister*, qui, lui, exprime une idée de supériorité *(magis)*, tandis que l'autre éveille une idée d'infériorité *(minus)*. Comp. Th. Mommsen, *op. cit.*, 1ter B., p. 8, note 2 ; voy. notre note 58. — Comp. Ihering, *L'Esprit du droit Romain*, t. I, p. 259; trad. de O. De Meulenaere.

(42) C'est ainsi qu'il est souvent question dans les auteurs des *socii ministrique* des fonctionnaires (voy., ex. gr., Plin., *Epist.*, III, 9, et VI, 29), ou encore de *ministri*, dans le sens d'officiers du palais, comme dans cette phrase de Lampride (*Alex. Sev.* 34) : « *Auratam vestem* MINISTRORUM *vel in publico convivio nullus habuit.* »

(43) Tel qu'un agent d'affaires (« *Itaque, ut apud Græcos infimi homines, mercedula adducti,* MINISTROS *se præbent in judiciis oratoribus, ii, qui apud illos πραγματικοὶ vocantur*, etc... »; Cic., *De orat.*, I, 45 ; Cf. ibid., 59. — Dans ce sens, le mot *minister* est synonyme de *ministrator*, avocat — Cic., *De orat.*, II, 75, — ou subalterne, — id., *Pro Flacc.*, 22. — Voir Ernesti, *op. cit.*, *verbis* MINISTER et MINISTRATOR); tel encore qu'un employé (« *circensium* MINISTRI »; Cassiod., *Var.*, III, 51); un secrétaire, un délégué ou représentant. (Const. 7, *De cognit.*, C. Th., II, 12.) C'est ainsi notamment que Cicéron (*In Vatin.*, 15) dit à Vatinius à propos des *legati :* « *Adeone tibi sordidum consilium publicum visum est, adeo afflictus senatus, adeo misera et prostrata res publica, ut non nuntios pacis ac belli, non oratores, non interpretes, non bellici consilii auctores, non* MINISTROS *muneris provincialis senatus more majorum deligere posset ?* » — Et de là notre mot *ministre*, terme dont l'origine apparaît évidente. Aussi Merlin en a-t-il pu donner la fameuse définition suivante : « C'est un homme que le chef du gouvernement admet dans sa confiance pour administrer une branche quelconque des affaires de l'Etat, lui faire le rapport de celles qui exigent *des* ORDRES *spéciaux de sa part, recevoir directement ses* ORDRES *et les faire exécuter.* » (*Rép.*, mot MINISTRE, au début de l'article.) — Au reste, le mot *minister* pouvait jadis être pris, comme aujourd'hui notre mot ministre, dans un sens laïque, auquel cas il avait parfois pour synonyme *comes* ou *socius* (comp. note 42) dans le dialecte impérial, ou dans un sens religieux. On le trouve employé à Rome, dans l'une et l'autre de ces deux acceptions. A titre de preuves, voyez, pour la première assertion, Cicéron : « *Legum* MINISTRI *magistratus* » (*Pro Cluent.*, 53); Justin : « MINISTER *regni* »; « MINISTRI *ferales* » (Const. 6, *De cust. reor.*, C. Th., IX, 3. — Cf. Const. 3, *Ad leg. Jul. repet.*, C. Th., IX, 27, dans laquelle il est question du *minister* d'un *dux provinciæ*) ; « MINISTER *judicum* » (Gothof., *Ad Constit.* 3 précitée. C. Th.) ; Salluste : « MINISTRI *regis* » ; Virgile : « *Delegit pacisque bonas bellique* MINISTRAS » ; Ovide : « *Jane, face æternos pacem pacisque* MINISTROS. » Comp. Serrigny., *op. cit.*, t. I, pp. 87 et suiv. à 110 inclus. — Et pour la seconde, comparez les expressions suivantes : « *Ancillæ, quæ* MINISTRÆ (diaconesses) *dicebantur* », dit Pline le Jeune ; « *Inter cunctantes cecidit moribunda* MINISTROS » (Virgil.) ; « *Flentibus ante aram stetit Iphigenia* MINISTRIS » (Ovid., *Metam.*, XII, 31) ; voyez aussi Lucrèce, *De rer. nat.*, I, 91. — *Adde*, dans le sens païen de victimaire : Cic. et Luc., *passim ;* plus souvent appelé *victimarius :* Tit. Liv., XL, 29; Val. Max., IX,

Concluons. De tout ce qui précède il résulte de ces deux choses l'une : ou bien que l'épithète *ministériel* n'a aucune espèce de sens, ce qui apparaît clairement lorsqu'elle est jointe au mot *office*, car alors elle nous semble absolument intraduisible, ou bien qu'elle ne constitue qu'une redondance inutile, ce qui est visible, lorsqu'on l'accole au substantif *officier*, ce terme exprimant déjà, par lui-même et par lui seul, un état que

---

14, 3; Gruter, 545, 4; Orell., *Inscrip. lat.*, nos 2453 à 2455 incl.; — de ministres de divinités : Orell., *Inscrip. lat.*, nos 1903, 2431 et suiv., 2464 et suiv. Cf. aussi dans le supplément de Henzen le no 7420 e β. Mais il y a doute sur la lecture des lettres MINIST RUM, qu'on peut déchiffrer, soit en suppléant simplement *ro*, ce qui donnerait alors MINIST *ro* RUM, soit, peut-être d'une façon un peu plus hardie, selon la leçon que Henzen pense que l'on pourrait proposer, en lisant MINIST*ri La*RUM. — *Junge* dans ce même sens de *sacrorum* MINISTRI, ou *Deorum* MINISTRI, de prêtre païen, *Vie de Sept. Sévère*, 22, *in fine*, dont l'auteur, on le sait, est douteux, et qui est soit Ælius Spartianus, soit, comme le pense Casaubon, Ælius Lampridius, à moins que ces deux biographes se réduisent à un seul, dont le nom complet serait, d'après Fabricius (*Biblioth. lat.*), Ælius Lampridius Spartianus (Voy. Fl. Legay, *Notice sur Ælius Spartianus*, dans la *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 179, p. 9, et *eod.*, p. 235, note 1 de la *Vie de Sept. Sévère)*; Symmach., *Relat. ad Valentin.*; Const. 14, *De pag.*, C. Th., XVI, 10 ; et, en général, sur les ministres du culte païen, Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, lettre XXXI, t. 2, pp. 91 et suiv. ; et, dans le sens chrétien de prêtre ou de clerc : Saint Jérôme, *passim*; et *Const. Sirmond.*, XIV, rub. et texte. Cf. Constt. 31, 41 et 47 § 1, *De episc.*, C. Th., XVI, 2. Cf. aussi l'intitulé du traité de Saint Ambroise, *De officiis ministrorum*. — Joindre encore sur ce terme Orelli, t. 2, p. 541, *col. sin.*, Vis MINISTER et MINISTRI. — Ce mot est même pris parfois, soit au propre, soit au figuré, dans le sens d'instrument ou complice, d'instigateur, d'intermédiaire, de conseiller ; voir, par exemple, les locutions suivantes : « *Artes*, MINISTRÆ *oratoris* » (Cic.) ; « *Domus tua* MINISTRA *esse non debuit* » (id.) ; « *Manus, multarum artium* MINISTRÆ. » (Id.) Cf. Ovide : « *Scelerum cædisque* MINISTRÆ (*manus*) » ; « MINISTRI *factionum ; seditionis* MINISTRI » (C. Th., éd. Ritter, t. 3, f°. 106, *col. sin.*); « *Puniendos rerum atrocium* MINISTROS » (Tacit., *Ann.*, XIII, 43) ; « *Cohors fit* MINISTRA *fundo* » (Varron) ; « MINISTRI *criminis.* » (Const. unic. § 2, *De rapt. virg.*, C. Just., IX, 13.) Voyez de même l'expression « *Interdictæ rei* MINISTER », appliquée par Papinien à une personne qui a fait quelque chose d'illicite (L. 15 § 2, *Ad municip.*, D., L, 1) ; « *Littera, sermonis...* MINISTRA *mei* » (Ovid.) ; « *Insula* MINISTRA *dei* » (Tacit.) ; « *Qualem* MINISTRUM *fulminis alitem* » (Hor.) ; « *Socios scelerum atque* MINISTROS » (Lucr., III, 61) ; « *Ardore* MINISTRO » (id., V, 298) ; « *Lumina propositi facta* MINISTRA *mei* » (Ovid.) ; « *Trepidusque* (ou *Trepidumque*) MINISTRO *Prætentes baculo, luminis orbus, iter* » (Ovid. (?), *Ibis*, vers 261) ; « *Multos e magistratibus, magnam consularium partem, Otho, non participes aut* MINISTROS *bello, sed comitum specie, secum expedire jubet* » (Tacit., *Hist.*, I, 88) ; « *Nam Didius, senectute gravis, et multa copia honorum, per* MINISTROS *agere et arcere hostem satis habebat.* » (Id., *Ann.*, XII, 40.) — Sur le mot *minister*, consulter le *Glossarium nomicum Cod. Theod.*, qui accompagne l'édition que Ritter a donnée du Code Théodosien avec le Commentaire de J. Godefroy, Vo MINISTER ; Du Cange, *Gloss.*, *eod. v.*, 1, 2, éd. F. Didot ; Ernesti, *op. cit.*, Vis MINISTER, MINISTRATOR ; Freund, *op. cit.*, *h. v.*

l'adjectif en question est précisément appelé à caractériser (44).

---

(44) Aussi pourrait-il être supprimé, selon nous, sans aucun inconvénient, soit purement et simplement, soit pour être remplacé par le qualificatif *civil*, qui semble, mieux que l'autre, répondre à nos habitudes quotidiennes et pratiques de langage juridique. Il est vrai que ce mot n'a pas une signification susceptible d'une détermination bien nette ; mais cette substitution nous semblerait cependant préférable à un abandon absolu, et cela à un double point de vue : d'abord, en ce qu'elle servirait à distinguer les *officiers*, qu'on appellerait *officiers civils*, des autres *officiers*, tels que les *officiers* militaires des armées de terre ou de mer, de police administrative ou judiciaire, du ministère public, du parquet, des cours et des tribunaux (expression employée par une circul. minist. du 10 août 1813; M. Demoly, *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la justice*, 3e éd., t. I, n° 897), de justice (tels, par exemple, que les avocats ; Dall., *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 8, *in fine*. Comp. note 68 *infra*), de paix, de l'état civil, de l'Université, d'Académie, de santé, de port; tels encore que les *officiers* mariniers, publics, municipaux, etc.; d'un autre côté, en ce qu'elle permettrait de discerner dès l'abord, au milieu de cette foule d'acceptions diverses dont nous avons parlé, le sens précis que l'on entend donner à *office* ou à *officier*, ou mieux quelle espèce d'*office* ou d'*officiers* on a en vue.

Il ne faudrait pas objecter contre cette réforme, très-légère en réalité, que notre mot *ministériel* avait cependant bien son correspondant à Rome, puisque l'on rencontre dans le vocabulaire latin le terme *Ministeriales*. Notre réponse serait des plus simples. En premier lieu, cette expression date du Bas-Empire; on la rencontre dans la seconde moitié du IVe siècle, dans une constitution de Constantin, datée de l'an 354. (Const. 5, *De div. off.*, C. Th., VIII, 7.) Son origine décèle donc à elle seule qu'elle porte en soi le germe de la corruption; elle est, par suite, peu familière dans la langue purement littéraire, où nous ne savons même pas si l'on pourrait citer un exemple de son emploi. Aussi, mis à part les jurisconsultes, et les auteurs de la décadence, est-elle peu connue et parfois tout à fait ignorée. C'est ainsi qu'elle est absente du *Dict. lat.-fr.* de Quicherat. Enfin, et ceci devient absolument péremptoire, le mot *Ministeriales*, que nous n'avons trouvé usité qu'au pluriel, à tout le moins dans l'acception ci-dessous indiquée, est un substantif, et non pas du tout un adjectif. (Observons toutefois que l'on rencontre dans la *Lex Burgundior.*, tit. 10, § 1, la locution MINISTERIALIS *servus;* dans Hugo Flaviniac. in chron., p. 245, celle de MINISTRALIS *fundi;* enfin dans le *Synodus Celichytensis*, ann. 816, cap. 2, celle de MINISTERIALIS *liber*.) De plus, il a un sens tout autre que notre terme *ministériel*. Il signifie simplement : *Officiers, familiers du palais ; officiers inférieurs*, subordonnés à un *vir spectabilis castrensis, sub dispositione* duquel ils servaient (*militabant*), comme on peut aisément s'en rendre compte par ce que nous rapportent de ces employés J. Godefroy et la *Notitia*. (Voir Gothof., *Paratit.* et *Comment. ad tit. De castrensianis*, C. Th., VI, 32.) — Souvent leur nom est accompagné de l'épithète *dominici*. (*Not. Or.*, cap. XV, § 1; Böck., t. 1, p. 47. Cf. Gothof., *Ad Const.* 1, *De cast.*, C. Th.) La *Notitia Occidentis* (cap. XIV, § 1 ; Böck., t. 2, p. 57) les appelle MINISTERIALES *Domini*. De ces *ministeriales*, il nous est donné la notion suivante dans le *Gloss. nomic. C. Theod.*, sus-indiqué : « MINISTERIALES *sunt, qui in ministerio Principis erant* », et, dans le *Commentaire* que nous venons de citer, Godefroy, après avoir dit ce qu'étaient les *Castrensiani* qu'il assimile complètement aux *Ministeriani* (« *Ex* PARATITLO *sane jam liquet, Castrensianos inter Palatinos fuisse, Palatinis obsequiis deputatos intra aulam, sacri Palatii ministeria fuisse* » ; Cf. C. Just., *De castrens. et minister.*, XII, 26, Const. 4 pr., où ils sont nommés « *sacro ministerio deputati* »), Godefroy ajoute : « *An vero dicamus, post generalem Castrensianorum appellationem, specialem Minis-*

Cela est si vrai, que la qualification d'*officier ministériel* est due à cette seule considération que ceux à qui elle s'adresse sont les auxiliaires de la justice (45), ou, pour parler le langage du vieux droit, les « *Ministres de Justice,* pour ce qu'ils rendent *ministere aux Magistrats.* » (46) C'est pourquoi ce nom était jadis réservé aux seuls agents d'exécution, tels que les sergents

---

terianorum subjici. Castrensianorum quippe numero fuerunt quidam, qui speciatim MINISTERIALES *dicebantur : l.* 5. *inf. de div. offic. seu* MINISTERIALES DOMINICI, *ut eos vocat Notitia Imperii fol.* 59. » (T. 2, fol. 226, *col. sin.* — Cf. Tertull., *De corona Mil.*, cap. 12.) — Revenant sur la même idée dans son commentaire de la Constitution 6, *De div. off.*, il nous dit encore (t. 2, fol. 602, *col. sin.*) : « *De* MINISTERIALIBUS *nunc ideamus.* MINISTERIALIUM *mentio fit quoque diserte in Notitia Imperii fol.* 59, *ubi* MINISTERIALES DOMINICI *vocantur, qui scilicet sub dispositione viri spectabilis castrensis erant, et sic Castrensianorum numero (de quibus sup. de Castrensianis* lib. 6. tit. 32.)... MINISTERIANI *scilicet erant, qui Principi familiarius in vita privata ministrabant, quod victum potissimum attinebat, et quidem sub dispositione Comitis Castrensis,* etc... » ; — « MINISTERIALES DOMINICI, *qui scilicet privato Principis ministerio intra aulam serviebant* », répète-t-il enfin autre part. (T. 5, fol. 289, *col. sin.*) Ces *Ministeriales*, ces *Famuli honorarii,* comme dit Du Cange, portent aussi le nom de *Ministri,* de *Ministeriani* (Rubr. C. Just., tit. 26, lib. XII), de *Regii Ministri* (Amm. Marcell., XXVI, 6, 15), de *Castrenses Ministri.* (Lamprid., *Alex. Sev.*, 41. — Cf. Const. 35, *De erog. mil. ann.*, C. Th., VII, 4, reproduite presque intégralement au C. de Just., const. 15, *eod.*, XII, 38.) — Il est fait mention, en un sens tout différent, des MINISTERIALES *Imperatorum*, dans les œuvres des *Agrimensores*, spécialement dans l'ouvrage d'un anteur inconnu, intitulé : *De mensuris,* ainsi qu'on peut le voir en jetant les yeux sur la page 321 du Recueil de W. Goesius. (*Scriptores rei agrariæ.*) — Ajoutons que la dénomination générale destinée à caractériser les individus qui servaient *sub viro spectabili castrensi,* ou *sub dispositione viri spectabilis castrensis* (Voy. Pancirol., lib. I, cap. XCI), était celle de *Castrensiani.* — Voir, sur tout ceci : Suidas, V° Μαγιστεριανός, *vel potius* (ut recte reposuit Cujacius) Μινιστεριανός, *ὁ καστρίσιος sive καστρήνσιος* ; *in glossis* Isidori : *Anculus Ministerialis domus Regiæ ;* Saumaise, *Ad Lamprid., loc. cit.*; Capitul. Caroli M. *De villis,* § 41, et num. 16 ; Du Cange, *Gloss.*, V° MINISTERIALES DOMINICI ; Aug. de Fürth, *De Ministerialibus.* (Colon., 1836); Corippus, *De laudibus Justini minoris,* ex. gr. : lib. II, v. 84 et sq.; v. 137 et sq.; lib. III, v. 213 et sq. ; Böcking, *Annot. ad Not. Or.*, cap. XV, not. 3, t. I, pp. 266 et sq., et t. 2, *Annot. ad Not. Occ.*, cap. VII, not. 6, d, p. 299, et cap. XIV, not. 5, pp. 403 et sq.) Ces preuves sont suffisantes, nous semble-t-il, pour considérer notre épithète moderne comme n'ayant aucune origine romaine, et comme constituant un véritable nonsens, qu'il nous paraîtrait utile de faire disparaître. — N. B. Nous ne saurions trop recommander de consulter sur le mot *Ministeriales* le *Glossaire* de Du Cange, éd. F. Didot, t. 4, p. 416, col. 1 (V° MINISTERIALES DOMINICI), à p. 419, col. 2 (V° MINISTERIALITAS).

(45) L'auteur du *Nouveau Dict. civ. et can. de droit* précité, nous apprend, au mot HUISSIERS, qu' « on trouve sur les anciens Registres qui sont dans les Archives de la Chambre des Comptes, qu'on les a nommez de tout temps *valeti Curiæ*, les VALETS *de la Cour.* »

(46) Loyseau, *op. cit.*, l. V, ch. I, n° 29. — Comp. note 103, *infra.*

(huissiers) ; il ne fut donné également aux notaires et greffiers que par extension, et ce n'est que par une très-rare exception que les procureurs le reçurent.

5° *De quelques définitions anciennes du mot OFFICE.*

Nous ne saurions abandonner cette introduction générale, sans donner la définition de ce qui doit former dès maintenant l'objet exclusif de notre étude, c'est-à-dire sans déterminer par approximation, au moyen de la portée juridique des termes, le champ d'application d'un traité sur la vénalité des offices. « Car si l'on n'assure le fondement », dit le profond penseur Blaise Pascal (47), « on ne peut assurer l'édifice. » — A son tour, le sage Montaigne avait en certaine méfiance les termes du langage. « Nostre parler a ses foiblesses et ses defauts, comme tout le reste », écrivait-il. « La plus part des occasions des troubles du monde sont grammairiennes. » (48)

Cela étant, si l'on se place sous l'empire de notre ancien droit français, on aperçoit que le nom d'*Offices* s'appliquait à une certaine catégorie de fonctions publiques. Unanimement d'accord sur ce point, on peut le dire, les anciens auteurs, malgré la précision et la netteté de cette notion première, n'ont pu parvenir à faire régner entre eux l'harmonie, en ce qui concerne la manière dont l'*Office* pourrait bien être exactement défini. A cet égard, on rencontre autant de façons de s'exprimer que d'écrivains, et, dans le nombre, il n'en est pas un, parmi ceux-là mêmes qui s'érigent en critiques, qui soit vraiment exempt des défauts du vague ou de l'insuffisance. Loyseau, par exemple, notre guide de tous les instants, commence par avertir que, quant à la définition de l'*Office*,

---

(47) *De l'esprit géométrique;* éd. Havet, t. 2, p. 301, *in initio.*

(48) *Essais* de *Michel de Montaigne*, livre II, chap. XII, t. 2, p. 111 ; éd. R. Dezeimeris et H. Barckhausen; Paris et Bordeaux, 1873 ; et t. 2, p. 237, éd. Coste; Paris, MDCCXXV.

« ce n'est pas sans cause, que le Docteur Govean, lib. 2. *De Jurisd.*, dit qu'elle luy a toujoûrs semblé difficile; aussi », poursuit-il, « fut-ce l'un des principaux points de cette memorable dispute, qui fut du tems de nos peres entre ces deux grands personnages, Sigonius et Gruchius. » (49) Puis, après avoir savamment discuté les sentiments, très-divergents à ce point de vue, de Govean tout le premier (50), d'Aristote (51), de Cujas (52), de Bodin (53), de Charondas (54); après avoir trouvé les définitions des uns incomplètes, celles des autres défectueuses, censeur sévère de toutes, il se hasarde à proposer, comme type d'une perfection relative, celle que le jurisconsulte Callistrate a ainsi formulée : « *Honor* (*municipalis*) *est administratio reipublicæ cum dignitatis gradu...* » (55), et comme modèle absolument parfait la sienne propre : « *L'office* », dit-il, « *est Dignité avec fonction publique.* » (56)

Malheureusement, cette définition ne saurait nous convenir davantage que les autres, pas plus que celle de Merlin, qui dit de l'*office* : « *C'est le titre qui donne le pouvoir d'exercer quelque fonction publique.* » (57) A la vérité, aucune d'elles n'est pleinement satisfaisante, en ce que toutes deux, n'étant que le reflet trop fidèle de la phrase de Callistrate, siéraient beaucoup mieux à ce que les Romains appelaient

---

(49) *Loc. cit.*, nos 89 et 90.

(50) Pour lui, l'Officier était « Celui auquel le Prince a donné quelque charge. »

(51) *Politiq.*, lib. IV, cap. 15.

(52) *Ad tit. De orig. juris.* L'illustre jurisconsulte donne trois définitions, dans lesquelles il ne comprend que la fonction de juge.

(53) « L'officier », dit-il, « est la personne publique, qui a charge ordinaire limitée par Edit. »

(54) Il donne de l'officier la définition suivante : « La personne publique établie par le Roi, avec puissance ordinaire, pour gouverner la partie du Royaume, qui lui est donnée en charge. » (*Pandect.*, cap. XXIII.)

(55) L. 14 pr., *De muner. et honor.*, D., L, 4.

(56) Voyez sur tout ceci : Loyseau, *loc. cit.*, nos 91 à 99 inclus.; Dalloz, *Rép.*, mot OFFICE, n° 1. M. Dupin, qui reproduit cette définition, ajoute qu'aujourd'hui l'office est « l'emploi d'un officier ministériel, d'un notaire, d'un avoué. » Il y a là-dedans trop et trop peu. (Voy. *Manuel des étudiants en droit; Vocab. des termes de droit*; éd. 1835, mot OFFICE, p. 827.)

(57) *Rép.*, mot OFFICE, *in initio.*

proprement *munus*, *honor* ou *dignitas* (58), qu'elles ne conviennent

---

(58) Il existe, dans la terminologie romaine, six termes qu'il faut avoir le plus grand soin de ne pas confondre. Ce sont les mots *Magistratus, Honor, Dignitas, Munus, Officium* et *Functio,* la plupart d'entre eux suivis ou non de l'épithète *publicus.* (Voy., pour la *munus*, L. 4 pr., fr. Ulp., *De muner. et honor.*, D., L, 4; pour les *honores publici*, un rescrit des *Divi Fratres,* rapporté par Ulpien, L. 6 pr., *eod.;* pour l'*officium* et la *functio*, notes 22 et 23.) — Sur ces deux derniers mots, nous nous contenterons de renvoyer aux explications données en notre nº 2.

Envisagé au point de vue le plus général, le mot *Magistratus* peut être pris dans deux sens: il désigne ou bien la fonction, c'est-à-dire la *Magistrature*, ou bien celui qui en est revêtu, c'est-à-dire le *fonctionnaire*, le *magistrat.* (Voy. *Dr. rom.*, chap. 1, § 1, note 4.)

Il a évidemment la même étymologie que le mot *Magister;* or, ce terme désigne celui qui, parmi les membres d'une cité ou d'une corporation jouissant à l'origine des mêmes droits, est devenu le plus élevé et le plus puissant; dans le langage postérieur, *Magister* ne se dit que du Président d'assemblées ou de sociétés religieuses et privées; il convient de mentionner ici le *Magister* des Arvales, des Saliens, les *Magistri* des *Quindecemviri*, et nombre d'autres *Magistri* des *Collegia,* dont les *ministri* forment l'antithèse; on y peut joindre le *Magister societatis*, le *Magister navis*, le *Magister bonorum,* le *ludi Magister* auquel est relatif un passage de la table d'Aljustrel (*lin.* 57), et d'autres encore. Ce que nous venons de dire ne doit cependant s'entendre qu'abstraction faite de formules spéciales, particulières, qui datent d'une époque plus ancienne, telle, notamment, que la locution *Magister equitum.* (Mommsen, *Handb.*, 2e éd., I, p. 8, note 1, constatant à ce sujet que la locution *Magister populi* a vieilli, conjecture que cette désuétude du mot *Magister* provient de ce que, dans son acception la plus ancienne, et dans son sens propre, l'expression désigne la présidence d'un seul, et que, par suite, elle parut s'appliquer moins bien à des fonctions organisées d'après le principe de la collégialité que le mot *Magistratus,* qui est plus abstrait. On trouve sans doute aussi, ajoute-t-il, le mot *Magistri* au pluriel, comme dans le collège des *Quindecemviri*, dans les *pagi* et les *vici*, etc.; mais cela paraît être une dégénérescence postérieure de l'expression.) — Malgré cela, et nonobstant ces constatations, le mot *Magistratus*, bien qu'ayant la même étymologie que *Magister* (expression que l'on trouve encore rapprochée de la précédente dans le *SC. De Bacchanalibus :* « MAGISTER *neque vir neque mulier quisquam eset ;... neve* MAGISTRATUM *neve pro* MAGISTRATUD *neque virum neque mulierem quiquam fecise velet ;...* » C. I. L., 1, p. 43; Giraud, *Nov. Enchirid.*, p. 639), et quoique formant à l'origine l'abstrait de ce terme concret, désigne toujours dans la suite, aussi bien, dans un sens abstrait, la fonction politique ordinaire, que, dans un sens concret, le fonctionnaire politique ordinaire, en tant qu'il est créé par l'élection de la Cité. (Cic., *De leg. agrar.*, II, 7, 17 : « .... *Omnes potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci convenit....* » Des passages de ce genre sont fréquents.) Dans le premier cas, le mot *Magistratus* alterne avec le mot *Honor*, dont il est alors synonyme. Ce qui le prouve, c'est que, parfois, les mots *Magistratus* et *Honor* se rencontrent côte à côte. (Ex. gr.: Suet., *Aug.*, 26; Gaius, I, § 96; sur l'interprétation de ce §, lire la savante étude de notre ami E. Beaudouin, *Le majus et le minus Latium,* brochure, et *Nouvel. revue hist. de dr. fr. et étr.*, 1879, pp. 1 et suiv. Comp., d'ailleurs, *infra ;* — Modestin., L. 11, *De pollicit.*, D., L, 12; Cf. Denys d'Halic., XLIV, 47, καὶ τιμῶν καὶ ἀρχῶν ἠξίωσε. — Voir aussi Plin., *Paneg.*, 39, Bœhrens, et une inscription de Lucena, Bétique, C. I. L., II, 1631. Cf. l'expression *Petitio honorum*, employée, au dire de Suétone, *Cæs.*, 28, dans un chapitre de la loi de Pompée, *De jure Magistratuum;* les locutions *Crimen affectati honoris*, *honoris ambitus*, dont se

à ce que nous entendons par *office* (59)*. Aussi bien, porte-

---

sert Festus, lib. I, t. 194, pp. 11 et 30, éd. Panck.; et enfin cette phrase de Justinien : « ... *Qui honorem gerunt, id est* MAGISTRATUS ; etc.... »; § 7, *De jure natur., gent. et civ.*, Inst., I, 2. On trouve enfin, pour les magistratures municipales, le mot *Honor* employé comme synonyme de *Magistratus*, par exemple, dans un rescrit des Empereurs Antonin et Verus, cité par Scævola, L. 24, *Ad municip.*, D., L, 1 ; cf. L. 8, fr. Ulp., *De muner. et honor.*, D., L, 4.) — Nous convenons sans peine qu'il est bien difficile, en présence de la précision et de la dialectique romaines, de ne rien voir autre chose, dans ces rapprochements, qu'une simple tautologie entre nos deux termes. Mais nous nous déclarons incapable de signaler la différence qui les distingue et les sépare. Ce qui est certain, c'est que les promagistratures, et surtout les sacerdoces, ne sont pas plus des *Honores* que des *Magistratus*. (Voy. cependant Klipffel, *Etude sur le régime municipal Gallo-Romain ; Nouv. revue histor.*, 1879, p. 278. Comp. *infra.*) De même il n'est pas douteux davantage que le Latin, en exerçant de semblables fonctions, n'obtenait en aucune façon le droit de Cité. — Quoiqu'il en soit, ce qui est encore évident, c'est que le caractère de l'élection populaire constitue le criterium spécifique, dans le *Magistratus* comme dans l'*Honor;* le sens des mots par lui-même en est déjà le témoignage ; car ce n'est pas par cela seul que l'on commande, qu'on est le plus puissant, mais bien parce qu'on tient le pouvoir de concitoyens dont les droits sont égaux, et par conséquent d'une élection libre. La même idée sert de fondement aux *Honores*. — Le langage vient, en outre, à l'appui de cette assertion. D'un côté, en effet, on ne voit jamais employer ces expression pour désigner les Présidents d'Etats qui ignorent le vote des membres de la cité, et sont plutôt organisés comme *regna*. D'autre part, c'est le caractère de l'élection populaire, en y comprenant la cooptation des élus de la cité, laquelle était mise sur la même ligne que l'élection populaire, et dont la dernière application tomba avec la disparition de la dictature dans la guerre punique, qui distinguait le *Magistratus* soit des sacerdoces, dans lesquels l'élection populaire est exclue en principe, soit des nombreuses positions et services publics auxquels peut être appelé le citoyen, par l'ordre du magistrat, ou par suite d'avancement, ou de quelque autre façon, et qui sont désignés en général sous la dénomination de *Munera*. (Comp. *infra.*) De tout cela il résulte que la notion du *Magistratus* ou de l'*Honor* n'est pas attachée à une catégorie de fonctions publiques dont la qualité soit susceptible de détermination, et qu'elle n'est pas, en général, demeurée la même à toutes les époques. C'est ainsi que, dans beaucoup de cités, la questure n'a pas été comprise parmi les *honores*, mais qu'elle est restée un *munus*, comme la *Cura annonæ* et d'autres fonctions du même genre, ce qu'à l'origine elle était partout. (L. 18 § 2, fr. Arcad. Charis., *De muner. et honor.*, D., L, 4. Comp. *infra.* — On trouve dans les *Fastes de Venouse* la remarque suivante pour l'année 720 : *Hoc anno quæstores creati*, et ils les énumèrent depuis lors parmi les magistrats.) — Au début, on ne désignait, sous le terme de *Magistratus*, que le fonctionnaire supérieur, et cette règle dura aussi longtemps que les fonctionnaires publics seuls sortirent de l'élection populaire ou de la cooptation ; cela nous semble logique, étant donné que, d'après le sens du mot, la désignation *Magister* et *Magistratus* ne s'applique pleinement qu'aux fonctionnaires supérieurs. Mais, comme de très-bonne heure, à Rome, et probablement déjà en l'an 305, l'élection populaire a été étendue à la questure, le cercle des magistrats s'élargit en même temps, et les documents que nous possédons ne connaissent naturellement plus le mot dans sa signification primitive, qui était fort étroite. Pareillement, nombre d'autres fonctions, en partie moins élevées encore, furent, dans le cours du temps, comptées parmi celles que la Cité

* Voir la note 59 p. 32.

rons-nous ailleurs nos investigations, et, nous retranchant der-

---

confère, et, du même coup, on les fit rentrer dans les magistratures. Il suit de là que, même dans ces catégories, où les uns sont élus par le peuple, et les autres nommés par les fonctionnaires, comme les tribuns militaires et les *Præfecti jure dicundo*, les premiers seuls sont rangés parmi les *Magistratus* (ainsi que cela se laisse entrevoir très-clairement dans la nomenclature de ceux « *qui magistratum habuerunt* », dont parle Cicéron, *Pro Cluent.*, 57, 156, comparée aux termes de la loi elle-même, cités en ce même plaidoyer, c. 54. Cette loi mentionne les tribuns militaires des quatre premières légions, les questeurs, les tribuns de la plèbe, et « *deinceps omnes* MAGISTRATUS. » La même déduction ressort de la loi de Bantia, *lin.* 15. Voyez aussi le commentaire qui en a été donné dans le C. I. L., 1, p. 47. — On peut, en ce qui concerne les *Præfecti*, consulter un passage de Festus, lib. XIV, V° PRÆFECTURÆ, dans lequel il oppose les quatre *Præfecti* « *populi suffragio creati* », que nous retrouvons dans le *XXVI viratus*, aux autres *Præfecti* nommés par le *Prætor Urbanus*.) Ces tribuns militaires *a populo* (dont la *Lex Coloniæ Juliæ Genetivæ* mentionne un, dans son chap. CIII, sur le caractère duquel s'est élevée une intéressante discussion — Voyez MM. Duruy, *Histoire des Rom.*, t. 5, pp. 503 et suiv.; E. Bonnier, *Dissert. sur les bronzes d'Osuna*, dans l'*Hist. de la législation romaine* de M. Ortolan, 10e éd., pp. 694, *in fine*, et suiv.), ces *Tribuni militum a populo*, disons-nous, et les fonctionnaires qu'on a appelés les *sexvigintiviri*, ou, plus tard, les *vigintiviri*, forment le dernier échelon auquel on soit arrivé en cette matière.

Ce que nous avons avancé ci-dessus, à savoir que l'élection populaire constitue le criterium au moyen duquel on reconnaît un *Magistratus* ou un *Honor*, doit être complété par cette idée essentielle, que les Romains de la République ont tenu très-probablement compte du signe extérieur résultant du droit de porter en ville les insignes de la fonction. (Comp. *infra*.) En effet, ils ont considéré comme des magistrats aussi bien le Roi (L. 2 § 14, fr. Pompon., *De orig. jur.*, D., I, 2) que l'*Interrex* (Ascon., *In Mil.*, p. 34, Orell., le nomme expressément *Magistratus curulis*), et ils ont compté au nombre des magistratures celles des institutions de l'époque royale qui ont survécu à l'abolition de la royauté, bien que, cependant, le criterium de l'élection populaire ne se rencontre pas parmi elles. En outre, comme le Roi avait eu le droit de conférer à ses mandataires les *fasces* dans la ville, et, avec cela (au moins d'après la manière dont on envisagea les choses postérieurement), la magistrature, on a de même, par la suite, compris aussi, parmi les magistrats, les fonctionnaires nommés sous la République par le Dictateur (Dio Cass., XLIII, 48, mentionne la loi *δι' οὗ πᾶσι τοῖς παρὰ δικτάτωρος ἀρχήν τινα λαβοῦσι χρῆσθαι αὐτοῖς* (des *fasces*) *ἐδίδοτο*), en vertu d'un droit analogue à la prérogative royale dont il vient d'être question. Tels sont le maître de la cavalerie, qui, certainement, est un magistrat (Tit. Liv., IV, 5 ; 34 ; VIII, 36, 1 ; L. 2 § 19, fr. Pompon., *De orig. jur.*, Dig.; Voy. Mommsen, *Handb.*, II, 1, p. 171), mais qui ne sort pas de l'élection populaire, sinon par exception, comme cela eut lieu en 537 de Rome = 217 av. J.-C. (Tit. Liv., XXII, 8. Cf., sur la lecture de ce passage, C. I. L., I, p. 288; Polyb., III, 87 ; voy. toutefois Plutarch., *Fab.*, 4), et le préfet de la ville, nommé par le dictateur. — De telle sorte que nous arrivons à ce résultat final que le *Magistratus*, considéré au point de vue extérieur, est le fonctionnaire qui est autorisé à porter dans la ville de Rome les *fasces* ou les autres insignes attachés à la charge dont il s'agit; et que, envisagé au point de vue du droit constitutionnel, c'est le fonctionnaire qui est chargé d'administrer, dans la ville de Rome, les affaires de la cité, soit sur le fondement de la constitution primitive, en tant qu'elle subsiste encore dans les principes du droit public, soit sur le fondement de la constitution républicaine, en vertu de l'élection directe des citoyens, ou d'après la cooptation faite par un fonction-

rière l'autorité de l'ami de Pascal, présenterons-nous sa défini-

---

naire élu de la sorte. — Observons-le bien toutefois : il n'y a de magistrat (romain, par opposition à magistrat municipal), que celui dont la compétence s'étend sur Rome. Les fonctionnaires, dont la loi limite les pouvoirs à la circonscription extra-urbaine, ne sont pas *Magistratus*, mais *pro Magistratu*, d'après l'opposition même que la langue technique établit entre ces deux termes. (Voy. *Lex Rubria*, I, 15, 50 ; *Nov. Enchir.*, cap. xx, *in initio* et *in fine ; Lex repetund.*, lin. 70 ; Cf. lin. 84 ; *Nov. Enchir.*, capp. xxii et xxiv ; *Lex agrar.*, linn. 30, 72 et 87 ; voy. aussi *Nov. Enchir.*, capp. viii, xv, xvii ; loi de Sulla sur les questeurs, II, 32 ; loi sur les habitants de Thermæ, 2, 2. 6. 14. Voir aussi le texte du *S C. De Bacchan.* précité.— *Pro magistratu* est employé substantivement comme *pro consule*, mais *promagistratus* ne se dit pas.) — Voy., sur toutes ces idées, Th. Mommsen, *Röm. Staatsr.*, 2e éd., t. 1, pp. 7 et suiv., dans lequel nous les avons pour la plupart puisées.

Les fonctionnaires élus de la cité s'appelaient, à Rome, *Magistratus populi* tout court, ou, ce qui est plus exact, pouvaient porter légitimement ce titre ; car il est clair que les Romains n'avaient pas l'habitude de donner le nom de Romains à leurs propres magistrats. Ils n'agissaient ainsi que là où le contraste rendait cette addition nécessaire ou désirable (Cæs., *De bell. hisp.*, 42 ; Valer. Max., VIII, 1, *Amb. duæ*, 2 ; Aul. Gell., X, 3, 2 ; XI, 1, 4. Cf. *Lex agrar.*, lin. 47) ; ou bien encore dans les cas où la rigueur des termes l'exigeait. (Cic., *In Verr.*, Act. II, v, 31, 81 ; Vell. Paterc., II, 42, 1. Cf. Tacit., *Ann.*, XII, 60.) Dans le langage juridique de l'Empire, les mots *Magistratus populi Romani* se rencontrent plus fréquemment chez les jurisconsultes. (Ex. gr. : Gaius, I, 6 ; II, 24 ; Ulpian., LL. 3 § 1, *Quod. met. caus.*, D., IV, 2 ; 15 pr., *De re judic.*, D., XLII, 1 ; I § 1, *Ad leg. Jul. Majest.*, D., XLVIII, 4 ; Modestin., L. 3, *Quis a quo appell.*, D., XLIX, 3.) Il est probable que cela tient à ce que *Magistratus*, dans cette locution, sans addition plus explicite, ne désigne pas, comme antérieurement, les magistrats de la cité romaine, mais plutôt les magistrats municipaux, c'est-à-dire les fonctionnaires des cités, sortant aussi des élections populaires. Déjà, dans la langue juridique antérieure, on voit les documents employer, sans difficulté, les mots *Magistratus Potestasve*, en parlant des fonctionnaires municipaux ; on trouve cette expression parfois accompagnée du mot *municipium*, ou d'un autre terme. (Ex. gr. *Lex Jul. municip.*, linn. 84, 90, 95, 98, 100, 106, 133, 140, 143) ; mais on la rencontre aussi seule (ainsi probablement dans la *Lex Rubria*, I, 15, *Nov. Enchirid.*, cap. xx, *in initio : mag. prove mag. IIvir IIIIvir præfec. ve.*) Sous l'Empire, les fonctionnaires municipaux sont appelés tout court *Magistratus*, même dans le langage officiel, par opposition aux fonctionnaires impériaux. (Comp. L. 16, fr. Gaius, *De verb. signif.*, D., L, 16.)

Ce dont il faut se garder avec soin, c'est de donner au mot *Magistratus*, quelle que soit d'ailleurs sa généralité, une extension exagérée. Ce serait une erreur de croire qu'il embrasse toutes les charges ou fonctions publiques. Il en était du mot *Magistratus*, à Rome, comme du mot Ἀρχαί, à Athènes. Ce terme ne comprenait évidemment pas tous les emplois publics, et il est avéré qu'en Grèce, de même qu'en Italie, certaines fonctions n'étaient pas proprement des magistratures ; mais la langue usuelle les appelait volontiers de ce nom. On peut, à titre d'exemple, citer la Τειχοποιία, ou soin de reconstruire, d'entretenir les murs ; Eschine (*In Ctesiph.*, 31) l'appelle une Ἀρχή ; mais il nous semble résulter de la lecture des §§ 13-15 de ce discours, que ce n'était pas là une dénomination légale. Le droit public d'Athènes ne reconnaissait que deux sortes de magistratures, celles données par le sort, Ἀρχαὶ κληρωταί (sur ce tirage au sort, voyez Schœmann, *Griechische Alterthümer*, I, p. 405) ; les autres conférées par l'élection du peuple votant à mains levées, Ἀρχαὶ χειροτονηταί. Ces expressions

tion, sinon comme l'idéal, en une matière qui semble défler toute

---

étaient employées dans la langue officielle et dans les textes législatifs. (Eschin., *In Timarch.*, 2. 1 ; *In Ctesiph.*, 14 ; Comp. Gothof., *Comment. ad Const.* 1, *Quemadmod. mun. civ.*, C. Th., XII, 5 ; éd. Ritter, t. 4, f° 563, *col. sin.*) Les autres charges n'étaient point des Ἀρχαί, mais de simples fonctions, ἐπιμελείαι ou πραγματείαι. (Celles-ci étaient αἱρεταί, en ce sens que ceux qui les remplissaient, étaient désignés dans les assemblées particulières des tribus, ἀγοραί, pour certaines commissions spéciales. Voy. Scholiaste d'Eschine, éd. Didot, p. 511 ; Esch., *In Ctesiph.*, 30. Ainsi Démosthènes, après la bataille de Chéronée, avait été choisi pour τειχοποιός par la tribu Pandionide; Eschin., *In Ctesiph.*, 31.) Nul n'ignore que le *Procès de la Couronne* reposait sur ce point de droit public, et que les juges donnèrent gain de cause à Démosthènes, qui soutenait cette opinion contre Eschine. On peut citer, en ce sens, Xénophon (*Resp. Athen.*, I, 2), et surtout Eschine. (*In Ctesiph.*, 13.) — Voy., sur tout ceci, G. Perrot, *Essai sur le droit public d'Athènes*, pp. 53 et suiv., et l'intéressante étude de M. Fustel de Coulanges, *Sur le tirage au sort appliqué à la nomination des Archontes athéniens ; Nouvel. revue hist. de dr. fr. et étr.*, 1878, pp. 615 et suiv. Voy. aussi la traduction, par M. Dareste, du *Procès de la Couronne*, dans *Les Plaidoyers politiq. de Démost.*, t. 2, pp. 200 et suiv.; Paris, 1879.

Revenons à présent sur le mot *Honor*. Les détails qui précèdent nous prouvent que ce terme ne signifie pas *l'honneur* (si ce n'est, toutefois, au figuré: Voy. le passage de Vell. Paterc., II, 124, cité *infra*, *Droit Romain*, chap. 1, § 2, note 28); c'est la magistrature, la dignité elle-même et les prérogatives qui l'accompagnent, comme le *jus edicendi*, par exemple. De là le nom de *Jus honorarium* donné aux édits du Préteur et de l'Edile, parce qu'il émane de fonctionnaires en possession des *Honores* (§ 7, *De jure natur., gent. et civ.*, Inst., I, 2 ; Cf. Sigonius, *De antiq. jur. civ. Roman.*, I, 18). De là aussi le titre d'*honorati* donné aux grands Magistrats. (Par ex., le Préteur urbain, Ovid., *Fast.*, I, 52 ; mais il n'était pas le seul *honoratus*, comme on l'a parfois pensé : Fabrott., *Ad* § 7, Inst. de Théoph., *De jure nat. et gent ;* — Voy., pour le consul Sextus Pompeius, Ovid., *Ex Pont.*, IV, 5 *in init. ;* pour les consulaires et les anciens censeurs, Tit. Liv., XXV, 5 ; consulter sur ce point M. E. Labatut, *Hist. de la Prét.*, Paris, 1868, pp. 47 et 323 et suiv. ; Comp. M. Faure, *Essai historique sur le Préteur Romain*, Paris, 1878, p. 54.)

Est-ce à dire, cependant, que l'*Honor* ne fût pas indépendant du *Magistratus ?* Non, évidemment. Ainsi, déjà, d'après M. Klipffel *(op. et loc. sup. citt.)*, les sacerdoces municipaux, tels que le Pontificat, le Flaminat et l'Augurat (qui se donnaient à vie, Orelli, n° 2332, Valence) comptaient au nombre des honneurs ; ils n'étaient pourtant pas considérés comme des magistratures proprement dites ; la preuve en est dans ce fait qu'ils n'avaient point de place dans la hiérarchie de ces dernières. — Ce qui démontre bien, au surplus, qu'il faut distinguer nos deux termes l'un de l'autre, c'est que Gaius lui-même (I, § 96) prend soin de les séparer. (Cf. *Lex Salpens.*, cap. XXI, pour l'Espagne). D'après M. Beaudouin (*op. cit. ; Nouv. revue hist.*, p. 137), par *Magistratus*, Gaius, dans ce §, entend le *Duumvirat* (ou la *Præf. juri dic.*), ce qui ne doit pas faire conclure assurément que le *Duumvirat* ne fût pas un *honor* (v. *infr.*), et par *honor*, les autres magistratures *(édilité, questure)*. *Magistratus* se prend d'ailleurs, assez souvent, dans le sens spécial de *Duumvirat*. (Voy. C. Th., XII, 1, 16 ; C. Just., X, 31, 18 ; Insc. de Rommel [pays des Bataves], Orelli, n° 2004 ; Dig., XXXIX, 2, 4 §§ 3 et 4 combinés, fr. Ulp. ; Insc. du temps d'Auguste, Wilmanns, 883, 2°, lin. 41, et Orelli, 643 ; et surtout Festus, XIV, V° PRÆFECTURÆ ; éd. Panck., t. 194., p. 400, combiné avec la *Lex Julia municip.*, cap. VI, linn. 89 et suiv., C. I. L., I, p. 121 ; Giraud, *Nov. Enchirid.*, p. 621 ; et l'inscription de *Peltuinum in*

tentative à ce sujet, du moins comme étant empreinte de plus de

---

Vestinis, Montebello, Orelli, n° 4036. — Voy. l'explic. de ces textes, dans M. Beaudouin, *loc. cit.*, pp. 137 et suiv.) Mais il n'en demeure pas moins absolument certain que, dans le langage ordinaire et technique, *Honor* ou *Magistratus* signifie indistinctement une magistrature.

Dans un autre sens, le mot *Honor* désignait la situation honorifique qui résultait pour quelqu'un de la collation d'une haute dignité, et indiquait par là même qu'elle n'était pas rétribuée. C'était l'honneur procuré par la charge dont on était revêtu. Ainsi les *Magistratus* constituaient, *hoc sensu* encore, des *honores*, c'est-à-dire des dignités honorifiques. (L. 23 pr., fr. Hermogen., *Ad municip.*, D., L, 1 ; et argum. *ex lege* 12, fr. Javol., *De muner. et honor.*, Dig. ; voy. aussi, pour le consulat et la préture: Cic., *De off.*, II, 17 ; *De leg. agrar.*, II, 2 ; *Pro Muren.*, 2 ; Tit. Liv., XXIII, 30 ; XXVI, 36 ; Cæs., *De bello Gall.*, VIII, 50 ; *De bell. Hisp.*, 42 ; Suet., *Aug.*, 26, 37 ; Plin., *Paneg.*, 77 ; Valer. Max., IV, 5, 1 et 3; C. Just., XII, 2, Rub. ; — pour la censure, Suet., *Aug.*, 27, *in fine* ; — pour le Triumvirat, Ovid., *Trist.*, IV, eleg. x, v. 33 et 34. Cf. ; pour le Duovirat, *Lex municip. malacit.*, cap. LIV, *Nov. Enchir.*, p. 632, etc. — Voy. encore Pomp. Festus, lib. XI, V° MUNICEPS, où les mots MAGISTRATUM *capere* — expression technique, Cf. Cic., *Pro Cluent.*, 43, 120 — et DIGNITATES *capere* sont employés comme synonymes.) Nous savons également qu'à côté des magistrats effectifs (*consulatu*, *prætura*, *ædilitate*, etc., *functi*, Tacit., *Ann.*, I, 39; II, 33 et 67 ; IV, 58 ; VI, 30, etc.), on établit, sous l'Empire, des magistrats honoraires qui avaient le rang des magistrats effectifs, sans en exercer les pouvoirs. Or, c'était là une distinction honorifique, qui était accordée, soit par l'Empereur, sous le titre d'*adlectio inter consulares, prætorios, tribunicios*, etc. (Dio. Cass., LII, 42, et XLIII, 47 ; Plin., *Ep.*, I, 14), soit par le sénat, sous la double dénomination d'*ornamenta* ou d'*insignia consularia, prætoria, ædilicia*, etc. (Tacit., *Ann.*, XI, 4 et 38 ; XIII, 53 ; Suet., *Claud.*, 28 ; Orelli-Henzen, *Inscr.*, n° 3986 ; A. W. Zumpt, *Honorum gradus sub impp. Hadriano et Antonino Pio ; Rhein-Museum*, 1843, t. II, 249-289.) Et c'est ainsi que l'on s'explique que par *dignitas* on entendait la distinction personnelle qui découlait de l'*honor*. (Voy. un rescrit des *Divi Fratres*, cité par Ulpien, L. 6 pr., *De muner. et honor.*, Dig., où l'on rencontre, *in fine*, l'expression *honoris dignitas* ; Cf. L. 14 pr., *eod.* — Comp. le titre *De dignitat.*, au C. Just., XII, 1 ; Const. 1, *De prætorib. et honore prætur.*, C. Just., XII, 2, coll. cum rub. h. t.) De là le *jus honorum*, qui a joué un si grand rôle dans la cité Romaine, et qui s'analysait dans la possibilité juridique et légale d'être revêtu de certaines distinctions ou dignités personnelles, et de jouir activement de certaines prérogatives. Lui-même résultait, sous l'Empire, du *jus aureorum annulorum ;* cela donne raison de ce fait que le mot *Honor* désigna aussi par la suite l'insigne (*insigne*, Tit. Liv., III, 36), ou les insignes (*insignia*, Varr., *De l. l.*, VII, 37), l'emblème, en un mot, de la fonction. (Comp. *supra*.) C'est ainsi qu'Aulu-Gelle (II, 15) parle des *fasces* des consuls comme d'un *honor*. Mais, étant donné que l'*honor* engendre la *dignitas*, en quoi se séparaient-ils plus précisément l'un de l'autre ? Cela nous paraît assez difficile à dire, et nous pensons ne pas être trop téméraire, en avançant que, peut-être bien, les Romains n'établissaient pas entre ces deux termes une séparation absolument tranchée. C'est ce que nous croyons pouvoir induire d'une lettre de Pline (*Ep.*, I, 19), dans laquelle cet auteur appelle, à deux lignes de distance, l'ordre des chevaliers une *dignitas* et un *honor*.

Ce qu'il y a de certain, c'est que *dignitas* ne signifiait pas dignité (si ce n'est, toutefois, au figuré : Tit. Liv., XLII, 49 ; Cic., *De orat.*, I, 1 ; *Pro Cluent.*, 53; *Ad Att.*, I, 16 ; IV, 13, 2), mais bien le rang social (Valer. Max., IV, 5, 1. — Comp. l'expression

justesse et de clarté que les précédentes. « *L'office* », dit le célè-

---

si courante *senatoria dignitas ; consularis dignitas*, § 4, *Quib. mod. jus potest. solvit.*, Inst., I, 12; Voy. M. Accarias, *Précis de droit Romain*, t. 2, p. 802. — Joindre M. Ch. Du Rozoir, dans la *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 16, p. 495, note 70.) Sous le Bas-Empire, les fonctions publiques portaient aussi le nom de *dignitates*, et il existait entre elles, aussi bien que pour les *honores* (voy. *infra*), un *certus ordo*, ainsi que le prouve le titre du code de Justinien : *Ut dignitatum ordo servetur.* (XII, 8 Cf. L. 14 pr., *De muner. et honor.*, D.: *dignitatis gradus.* — Voy. d'ailleurs *infra*, *Droit Romain*, chap. I, § 4.)

En ce qui concerne maintenant le mot *Munus*, nous dirons que ce terme a, dans le *cursus honorum*, et dans le langage administratif de l'époque impériale, un sens précis, quand on l'oppose à *honor : Honor*, en effet, ne s'entend strictement, à Rome, que de la questure, de l'édilité (ou tribunat de la plèbe), de la préture et du consulat ; dans les municipes, que de la questure, de l'édilité, du duumvirat (ou *Præfect. juri dicundo*), avec ou sans le titre de *quinquennalis*. (Voy. Beaudouin, *op. et loc. citt.*, pp. 135 et 137). En ce qui touche pourtant la questure dans les municipes, il ne faut pas oublier le texte d'Arcadius Charisius (L. 18 § 2, *De muner. et honor.*, Dig.), auquel il a été fait allusion plus haut, et d'après lequel : « *Calendarii quoque curatio, et quæstura in aliqua civitate, inter honores non habetur : sed personale munus est.* » C'est ce qui avait lieu, notamment, dans la *Colonia Julia Genetiva*, où l'on voit bien créer des *duoviri* et des *ædiles*, mais non des *quæstores*. (Voy. Mommsen, *Ephem. epig.*, vol. II, p. 140, *Duoviri;* Comp. Marquardt, *Staatsverw.*, 1, 492.) — Qu'il nous soit permis de le dire en passant : ce jurisconsulte, ainsi que d'autres d'ailleurs, prémunissent l'interprète contre un esprit de dangereuse généralisation ; étant admis, en effet, que les *civitates* pouvaient avoir leur droit spécial, au point de vue des lois publiques aussi bien que des lois privées (voy. Gaius, III, 96 et 120 ; Fragm. Dositheau., § 12), il y avait une collection très-variée de législations dans l'Empire romain ; c'est là une indication pour ne pas trop généraliser les documents littéraires, juridiques et épigraphiques qui se réfèrent à une cité de province. De là aussi, pour le pérégrin, le grand intérêt à avoir une *civitas certa*.

D'un autre côté, les titres *De muneribus et honoribus* au Digeste (L, 4) et au code de Justinien (X, 40) nous avertissent, par la réunion même de ces deux termes, qu'on devait distinguer entre l'*honor* et le *munus* proprement dit. Et de fait, à l'*honor* seul pouvait se rattacher une distinction personnelle, *dignitas* (L. 14 pr., fr. Callist., h. t. Cf. *Dignitas municipalis*, L. 12, *in fine*, fr. Callist., *De decurion.*, D., L, 2.) Ainsi, être *duumvir* ou *décurion*, était un *honor*. (Inscrip. d'Iluro, Alora, Bétique, C. I. L., II, 1945; L. 5, fr. Macer, *De vacat. et excusat. muner.*, D., L. 5.) A l'inverse, le *defensor civitatis*, le syndic, l'écrivain, le questeur municipal dans certaines cités, les scribes d'un magistrat, n'exerçaient qu'un *personale civile munus*. (L. 1 § 2, fr. Hermogen., L. 18 §§ 2, 13 et 17, *De muner. et honor.*, D.) La différence, au reste, était beaucoup plus apparente que réelle; car, en thèse générale, l'*honor* comme le *munus* était obligatoire et aboutissait, en fin de compte, à une charge. Constantin était bien, comme nous, imbu de cette idée, lorsqu'en 321 il écrivait qu'attendu que certaines personnes, notamment les professeurs, ne devaient pas être accablés de dignités trop lourdes, il permettait à ceux qui le voulaient d'exercer des honneurs, en prenant soin d'ajouter qu'il ne les y forçait pas. (Const. 1 § 3, *De medic. et profess.*, C. Th., XIII, 3.) C'est qu'en effet les *honores* étaient souvent fort coûteux (voy. Beaudouin, *op. et loc. citt.*, pp. 130 et suiv., et *infra*, *Droit Romain*, chap. I, § 2, spécialement note 161), et l'on conçoit sans peine le prix qu'on attachait aux dispenses que l'on obtenait à cet égard. (Voy. Beaudouin, *op. et loc. citt.*, pp. 130

bre Domat, « *est un titre donné par des Lettres du Prince, qu'on*

---

et suiv.) Une inscription de Nîmes, publiée dans le recueil d'Orelli-Henzen, n° 5231, nous montre à ce sujet que la dispense par les décurions des charges pécuniaires attachées à l'honneur de l'Augustalité passait pour une distinction qu'un I IIII I. AVG. ne manquait jamais de mentionner sur son tombeau, ou de rappeler au besoin. (Cf. Orelli, n° 3920 et 3934, et Petron., *Satyricon*, cap. 57, éd. Panck. Plus tard, l'Augustalité, d'*honor* qu'elle était précédemment, devint un *onus : Onus Augustalitatis*, porte sur le côté droit une inscription de Petilia, auj. Strongili, dans la Calabre citérieure ; Orelli, n° 3678, t. 2, p. 150. — Voyez, sur les *Sev. Aug.*, Klipffel, *op. et loc. citt.*, pp. 174 et suiv. — Comp., pour les *decuriones gratis allecti*, Orelli-Henzen, n°s 1971, 3745, 3816, 4047, 6616, etc...) Cependant, comme le citoyen appelé à un *honor* était dispensé des *munera personalia*, alors que celui qui remplissait un *munus* pouvait être appelé aux *honores* (L. 10, fr. Modestin., *De muner. et honor.*, Dig.), il nous semble exact de dire avec M. Guizot (*Hist. de la civil. en Fr.*, 14e éd., t. I, p. 114, note 2) que ce qui, dans les *civitates*, distinguait au fond les *munera* des *honores*, c'est que ceux-là constituaient des fonctions municipales d'un ordre inférieur, ne conférant pas de privilèges, tandis que ceux-ci étaient des fonctions supérieures, de véritables magistratures, auxquelles certains privilèges étaient attachés. Cela permet de comprendre cette phrase d'Hermogénien (L. 23 pr., *Ad municip. et de incol.*, D., L, 1) : « *Municeps esse desinit senatoriam adeptus dignitatem, quantum ad* MUNERA ; *quantum vero ad* HONOREM, *retinere creditur originem...* »

Les *Munera*, après avoir été, à l'origine, des fonctions et des prérogatives fort recherchées, dégénérèrent, à l'époque de la décadence impériale, en charges souvent accablantes. Et comme les charges municipales personnelles (*munera personalia*) constituaient un des principaux effets de l'origine (*origo*) ou du domicile (*domicilium* ou *incolatus*), elles étaient d'autant plus lourdes que la même personne avait souvent plusieurs domiciles ou plusieurs origines. (Voy. M. Accarias, *Précis de dr. Rom.*, 3e éd., t. I, p. 109, note 2.) De là, les nombreuses exemptions, les unes perpétuelles, les autres temporaires (L. 4 § 1, fr. Ulp., *De muner. et honor.*, Dig.), connues sous les noms de *vacationes, excusationes, immunitates*, qui nous sont révélées par le Digeste (lib. L, titt. 4, *passim*, 5 et 6) et par le Code de Justinien. (X, 44 à 65 exclus.) En un mot, les *munera* devinrent des *onera*, terme fréquemment répété dans les inscriptions (Orelli, n°s 3716, 3765, 3940), pour emprunter un synonyme de notre mot *munus* à une loi de Paul (L. 18, *De verbor. signif.*, Dig.), où ce jurisconsulte indique que *munus* peut être pris dans les trois sens de *donum* (Cf., à cet égard, Cic., *De off.*, II, 17 ; L. 194, fr. Ulp., et L. 214, fr. Marcian., *eod.*), d'*onus* (voy. Pomp. Festus, Vis MUNICIPIUM et MUNICEPS) et d'*officium*. (Voy. dans le sens d'*officium publicum*, Lamprid., *Alex. Sev.*, 15; LL. 1 pr., fr. Marcian., et 9, fr. Papinian., *De leg. Jul. repet.*, D., XLVIII, 11.) — Cf., sur cette définition, Pomp. Festus, lib. XI, Vo MUNUS.

Comme il est aisé de le voir par les détails qui précèdent, on rencontre deux sortes de fonctions publiques, de magistratures (*latissimo sensu*), dans le gouvernement d'une colonie romaine et d'un municipe latin. Les unes sont désignées comme *honores* ou honneurs municipaux, c'est-à-dire dignités conférant certains honneurs, accompagnés ou non de dépenses. Ces *honores* étaient dévolus *gradatim*, c'est-à-dire d'après un *ordo certus*. (L. 11 pr., fr. Modest., et L. 14 § 5, fr. Callist., *De muner. et honor.*, Dig.; Cf. Cic., *De leg. agrar.*, II, 9, 24; *Junge* L. 3 § 15, h. t. — Si la *lex municipalis Malacitana* ne prescrit pas, il est vrai, la succession des charges, à tout le moins la suppose-t-elle ; voy. Th. Mommsen, *op. cit.*, t. I, p. 555, note 2, et Comp. son Comment. sur la *lex Malacit.*, p. 415. — Ce *gradus honorum*, pour parler le langage d'Ulpien, L. 3 § 15, *De muner. et honor.*, Dig., est ce que l'on appelle le

appelle provisions, qui conferent le pouvoir, et imposent le devoir d'exercer quelques fonctions publiques » ; et il ajoute un peu après : « C'est par ce titre des provisions, que les Offices sont distinguez de diverses Charges, qui engagent à des fonctions publiques,

---

cursus honorum dans la langue de l'épigraphie. Cf. *decursus honorum* dans Cicéron, *De orat.*, I, 1.) — Les autres magistratures constituent de simples charges, *munera*, soit personnelles, soit patrimoniales, c'est-à-dire affectant le patrimoine, soit mixtes, à la fois personnelles et patrimoniales. (L. 14 pr. et § 1, fr. Callist., *De muner. et honor.*, D. ; voy. Klipffel, *op. et loc. citt.*, p. 180.) Callistrate (L. 14 § 1, *eod.*) nous annonce une distinction du *munus*, distinction qui ressort également du rapprochement de trois textes ci-après cités d'Hermogénien et d'Arcadius Charisius, en *publicum*, ou *civile* (L. 1 pr., fr. Hermogen., coll. cum leg. 18 pr. et § 28, fr. Arcad. Charis., *De muner. et honor.*, Dig.; Cf. C. Just., Const. 1, *De muner. patrim.*, X, 41, et lib. X, titt. 42 et 43, Rubb.), et *privatum*. (Les *munera civilia*, opposés aux *onera publica*, étaient les charges communales, tandis que les *onera publica* étaient des impôts levés au profit de l'Etat. Voy. M. Flach, *La table de bronze d'Aljustrel ; Nouvelle revue hist. de dr. fr. et étr.*, 1878, p. 686, n° 63.) — Le même jurisconsulte (*dict. leg.*) et Pomponius (L. 239 § 3, *De verb. signif.*, D., L, 16), nous ont transmis deux définitions du *munus publicum* fonctionnant comme synonyme d'*onus*. C'est pareillement en envisageant les *munera publica* ou *civilia* dans la signification d'*onera* (V. L. 3 §§ 10 et seq., et præs. § 14, fr. Ulp., *De muner. et honor.*, Dig.), que les jurisconsultes les divisent, tantôt en *munera patrimonii* ou *patrimoniorum*, et *munera personarum*, *personæ*, *personalia* ou *corporalia* (L. 1 pr. et § 1, fr. Hermog.; L. 3 § 3, L. 6 § 3, fr. Ulp., *De muner. et honor.*, Dig., et C. Just., lib. X, tit. 41, Rub. — *Junge*, sur cette division, les §§ 1 et suiv. de la loi 1, et les §§ 4 et suiv. de la loi 6, *De muner. et honor.*, Dig.) ; tantôt en *munera personæ* et *locorum* (L. 14 § 2, *eod.*) ; tantôt enfin en *munera « quæ personis cohærent »* (Const. unic., *De mulier., et in quo loco*, C. Just., X, 62), et en *munera « quæ rei proprie cohærent. »* (L. 11, fr. Hermogen., *De vacat., et excusat. muner.*, D., L, 5.) Au reste, il est permis de conjecturer que la distinction qui précède, en ce qui concerne les *munera civilia*, n'était pas bien précise ; car Arcadius Charisius nous dit (L. 18 pr., *De muner. et honor.*, Dig.) : « MUNERUM CIVILIUM *triplex divisio est : nam quædam munera personalia sunt, quædam patrimoniorum dicuntur, alia mixta.* » (Consulter, sur cette division, les §§ suivants de cette loi.) — En ce qui touche à présent les *munera* qui grevaient les *patrimonia*, ils étaient de deux sortes : les uns étaient imposés aux *possessores* en leur seule qualité, c'est-à-dire qu'ils soient ou non *municipes* ou *incolæ* ; c'étaient là les charges des biens fonciers ; les autres ne frappaient que les patrimoines de ceux qui avaient l'une ou l'autre de ces deux qualités. (L. 6 § 5, fr. Ulp., *De muner. et honor.*, D. *Junge* L. 18 §§ 21 et 22, *eod.*) — Consulter, sur tout ceci, la thèse de doctorat de notre ami M. F. Roussel, *Du domicile*, en dr. rom.; *De la formation des conventions*, en dr. intern. privé; Paris, 1878 ; spécialement, n°s 21, 32, 34, 36 à 40 exclus. — Voy. aussi, pour de plus amples détails, MM. F. Béchard, *Dr. municip. dans l'antiquité*, Paris, 1860, liv. III, *passim*, et spécialement, chapp. IX et X ; Houdoy, *Le droit municipal*, Paris, 1876, chapp. VI et X.

(59) Joignez à ces considérations que la définition de Loyseau devrait encore être moins acceptée que celle de Merlin, et cela parce que le mot *office*, défini de la sorte, comprend pour lui, contrairement au langage plus pur des ordonnances, toute charge honorable et fonction publique, c'est-à-dire tout ce qu'embrasse le mot *estat* (Comp.

telles que sont, par exemple, ces Charges qu'on appelle Municipales, celles des Juges et Consuls des Marchands, celles des Commis qui exercent des recettes, ou d'autres fonctions ; qui ne sont toutes que pour un temps, au lieu que les Offices sont pour la vie. » (60) Au siècle suivant, le chancelier D'Aguesseau disait de son côté, dans la seconde de ses *Instructions sur les Etudes propres à former un Magistrat*, par lui adressées et envoyées à son fils aîné : « Sur le second point qui regarde l'exercice de la Puissance publique (dans l'administration de l'Etat), comme le Prince ou ceux qui tiennent les rênes du Gouvernement ne peuvent faire tout par eux-mêmes, c'est ici que nous devons placer tout ce qui concerne les différents dépositaires de leur autorité, qui, parmi nous, portent le nom général d'Officiers, de quelque ordre qu'ils soient; parce que *l'Office n'est autre chose qu'une portion de la Seigneurie ou de la Puissance publique confiée, par celui qui gouverne, à un certain nombre de ses Sujets, pour le bien de tous les autres.* » (61) Cette définition, dont les derniers termes décèlent autant le philosophe que le juriscon-

---

note 30, *supra*), et par conséquent, non seulement l'*office* formé, mais encore la simple *commission*, ou charge extraordinaire (conférant des fonctions temporaires et non à vie), le *bénéfice*, ou fonction ecclésiastique, le grade militaire, enfin les charges conférées par l'élection, telles, par exemple, que les charges municipales, jusqu'au jour où Louis XIV les érigea en titre d'office. (Voy. Edits des 27 août 1692 et 29 janvier 1704 ; Isambert, *Rec. gén. des anc. lois françaises*, t. 21, pp. 158 et 441.) Cette définition a donc le tort, au rebours de celles qui tombent sous la coupe de notre savant auteur, d'être beaucoup trop compréhensive. Lui-même en fait la remarque (*loc. cit.*, n° 110) et ajoute : « C'est pourquoi... le vrai office (celui qui est ordinaire) peut être défini, *Dignité avec fonction ordinaire en l'Estat* : le mot *ordinaire*, le distinguant d'avec la commission, et le mot *en l'Estat* (c'est-à-dire en la police civile) d'avec le Bénéfice. » Même avec cette correction, nous ne pourrions accepter une semblable définition, dont le premier tort serait de risquer fort de n'être plus comprise aujourd'hui. Elle ne cesserait pas d'ailleurs d'être toujours trop large, en ce que, entendu de la sorte, le mot *office* comprendrait beaucoup plus que notre terme actuel, qui est particulièrement réservé aux charges que notre ancien droit désignait sous le titre d'*offices à clientèle*, tandis qu'autrefois, et pour Loyseau, il désignait, et c'était là sa signification consacrée, toutes les charges de judicature, de finance, celles de notaire, de greffier, de procureur, etc. (Dalloz, *Rép.*, mot OFFICE, n° 1.) De plus, elle n'échapperait pas encore à l'inconvénient signalé au texte.

(60) *Le droit public*, liv. II, tit. I, Préambule, f° 146 ; édit. indiquée *supra*, note 29. — Comp. Denizart, mot OFFICE, n° 2.

(61) *Œuvres de D'Aguesseau*, t. I, p. 326 ; éd. des libraires associés, Paris, 1759.

sulte, et envisagent le but cherché, plutôt que la réalité pratique de l'institution, nous semble reposer sur des idées relatives à la notion de l'exercice de la Puissance publique, qui cadrent assez mal avec les principes nouveaux que la Révolution allait bientôt établir, et qui nous régissent aujourd'hui.

Plus laconiquement, Pothier, vers la même époque, s'exprimait ainsi : « *Un Office est le droit d'exercer une fonction publique.* » (62) Définition très-fidèle et d'une très-précieuse concision, si l'on tient à en admirer toute l'ampleur et toute la généralité, mais dont l'exactitude, trop brève au point de vue dogmatique, ne donne pas le temps d'arrêter l'esprit, en le fixant d'une façon suffisamment précise. Elle embrasse trop pour se flatter de pouvoir bien étreindre ; elle n'est qu'un résumé trop abstrait d'une notion très-concrète.

6°. — *Ce que l'on entend aujourd'hui par OFFICE et par OFFICIER. Définitions proposées.*

Que si, maintenant, on se place à l'époque actuelle, voici, en tenant compte des données acquises, la manière dont nous croyons pouvoir définir l'*office* dit *ministériel*, et l'*officier* en général :

L'office est un titre, qui confère à celui qui en est revêtu le droit d'exercer à vie une fonction publique, en vertu d'une délégation du Pouvoir (qui lui confie parfois une partie de son autorité), et qui, en tant que tel, constitue entre les mains du titulaire une sorte de propriété d'un genre tout spécial, se manifestant pratiquement par le droit de présentation, propriété à laquelle sont attachées diverses prérogatives, renfermées dans

---

(62) *Traité des personnes et des choses*, IIe part., § III, n° 267 ; t. 9, p. 98 ; édit. Bugnet.

les limites où les lois ont permis qu'il fût dans le domaine des particuliers (63).

Par suite, l'*officier* (ce mot étant pris dans son acception la plus large) ne sera autre chose qu'*un délégué du Chef de l'Etat, armé en son nom, suivant les cas, d'une certaine portion de la Puissance publique, dont le ministère, public ou privé, défini par les lois, est souvent rendu obligatoire par elles, et qui, à raison même de son caractère, ne peut refuser de le prêter aux magistrats ou aux particuliers, sous l'unique condition d'en être dûment et régulièrement requis.*

Telle est la notion générale; reste à en bien peser les termes, et à les préciser avec soin. A vrai dire, cette définition, très-élastique, comprend trois catégories de personnes, trop fréquemment confondues par les habitudes usuelles du langage, mais que l'analyse juridique doit attacher quelque scrupule à séparer minutieusement : nous voulons parler des *fonctionnaires publics,* des *officiers publics* et des *officiers ministériels* proprement dits. Nous touchons ici à un point assez délicat, dont l'examen actuel pourra peut-être sembler prématuré; mais nous estimons que son renvoi, en compromettant la logique de la méthode, nuirait en même temps à la clarté de l'exposition.

7°. — Distinction entre les FONCTIONNAIRES PUBLICS, les OFFICIERS PUBLICS et les OFFICIERS MINISTÉRIELS proprement dits. Double criterium de MM. Morin et Dalloz. Celui que nous proposons. Examen de certaines questions délicates relatives à ce sujet. Conséquences logiques et forcées de notre doctrine. Revue critique de la jurisprudence sur ce point. Définitions proposées du FONCTIONNAIRE PUBLIC, de l'OFFICIER PUBLIC et de l'OFFICIER MINISTÉRIEL. Conséquence qui en résulte.

C'est une vieille question déjà, mais toujours actuelle (voyez

(63) La longueur est le grand défaut de cette définition ; mais, en réfléchissant qu'une coupure eût été le seul moyen d'éviter cet inconvénient, et qu'un pareil procédé, en scindant l'idée, l'aurait empêchée de sortir, tout d'un jet, son expression pleine et entière, nous avons préféré sacrifier une pure exigence de style à l'intérêt plus haut de la manifestation complète de la pensée.

note 67); que celle de savoir quels sont au juste, aujourd'hui, les *fonctionnaires* et les *officiers publics*, quels sont les *officiers ministériels* (64), s'il y a des différences doctrinales ou pratiques qui les séparent, l'intérêt, en un mot, que peut offrir leur division en trois groupes distincts.

Toute la difficulté provient de ce que les termes dont on se sert n'ont pas de portée légale bien déterminée, surtout en ce qui concerne les *officiers publics* proprement dits, et les *officiers ministériels* (65), et elle consiste à découvrir le criterium au moyen duquel on attribuera aux uns une qualification qu'on devra refuser et dénier aux autres.

La pratique se tire d'embarras, eu égard à ces deux classes de personnes, par un moyen facile, à l'emploi duquel la loi elle-même, il faut bien en convenir, semble à tort la convier : soit en

(64) Avec l'*officier ministériel*, il faut se garder de confondre la personne désignée sous la dénomination assez vague de « citoyen chargé d'un ministère de service public » par les art. 224 et 230 C. pén. (Voy. Dalloz, *Rép.*, mots FONCT. PUB., n° 149, et OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 7. Voy. aussi M. Rolland de Villargues, *Les Codes criminels*, 5e éd., t. I, p. 686 n° 25, et p. 688 nos 3 et suiv.) Ces articles, au reste, prémunissent contre la confusion, en séparant nettement dans leurs termes ces deux classes de personnes.

(65) C'est ce dont on pourra se convaincre aisément, en se reportant aux articles 452, 805, 1er al., du C. civ.; 986, 2e al., et 946 du C. de pr. civ., qui emploient l'expression d'*officier public*, alors cependant qu'il est constant que les ventes publiques de meubles se font surtout et en principe par l'intermédiaire d'*officiers ministériels*. (Voir, dans le Code Tripier, la note 1 sous l'art. 946 du C. de pr. civ., et Dalloz, *Rép.*, mot VENTE PUB. DE MEUBLES, n° 42 ; comp. notre note 112-XI.) Ce qui prouve au surplus péremptoirement que la loi prend les deux dénominations d'*officier public* et d'*officier ministériel* l'une pour l'autre, et les confond, c'est que ni le C. civ., ni le C. de pr., ni le C. pén. n'ignorent cette dernière qualification, et qu'ils s'en servent même parfois à la place de la première. (Voy., à titre d'exemples, les art. 1258, 7e, C. civ. ; 60, 1030 et 1031, C. pr. civ. ; 408, 2e al., C. pén., où les deux expressions sont employées côte à côte ; on retrouve de même encore les mots *officier ministériel* dans les art. 209, 224 et 230 de ce dernier Code.) Comp. d'ailleurs la note 68, *infra*. Remarquons ici que parfois la loi fait elle-même la distinction entre les *fonctionnaires publics* et les *officiers ministériels*. (Voy. l'art. 10, 1er al., de la loi du 16 juin 1824 ; Devilleneuve et Carette, *Lois ann.*, 1re série, p. 1108.) Au reste, la confusion entre les uns et les autres, bien qu'elle existe encore dans certains textes (voy. art. 1596, dernier al., et 2102, 7e, C. civ. ; L. 28 avril 1816, art. 91, 2e et 3e al. combinés. Comp. *infra*, note 116), serait assurément beaucoup plus profonde que celle qui est si fréquemment commise entre les *officiers publics* et les *officiers ministériels (proprio sensu)*, en ce qu'elle ne porterait plus seulement sur l'une des variétés de l'espèce et cette espèce elle-même, mais bien sur une de ses branches et le genre auquel nous croyons pouvoir la rattacher. (Voy. note 68, *infra*.)

les confondant toutes sous une dénomination unique, soit en employant indistinctement, l'un pour l'autre et l'un comme l'autre, chacun des qualificatifs indiqués (66).

Plus doctrinale, la Jurisprudence, de concert avec la très-grande majorité des auteurs, établit une distinction, sinon très-nette (67), du moins très-tranchée, entre les trois catégories sus-indiquées, distinction au sujet de laquelle se sont élevées, en ce qui touche le classement, des controverses dont quelques-unes sont aujourd'hui passées à l'état de souvenirs historiques ; aussi n'en rappellerons-nous que les éléments succincts.

Observons, tout d'abord, que l'harmonie règne en un point : c'est que tous les *officiers*, même *ministériels*, sont des *officiers publics* (ce mot étant pris *latissimo sensu*), « par cela seul qu'ils exercent des fonctions publiques auxquelles ils sont nommés par le chef du gouvernement. » (68) Mais qu'est-ce qui différencie au

---

(66) Voy. la note précédente. Toutefois, M. Dufaure, dans l'exposé des motifs du projet de loi sur les ventes judiciaires d'immeubles, dont nous parlerons note 112-XI, 1°, lettre *e*, distingue, avec une grande netteté, les *officiers ministériels* des *officiers publics* ; mais, comme tant d'autres, il semble avoir, quant aux notaires, oublié l'art. 1er de la loi de ventôse.

(67) M. le député Jozon, lorsqu'il demanda le rejet du § 6 de l'art. 5 de la loi du 7 juillet 1874, invoqua, en particulier, « les difficultés d'application que l'on rencontrerait dans la pratique, par suite des incertitudes fréquentes de la jurisprudence sur la définition du caractère de *fonctionnaire public* ». (Voir Devill. et Car., *Lois ann.*, 7e série, p. 568, note 27, et la séance du 6 juillet 1874, *Journal officiel* du 7, p. 4708.) Ces incertitudes, que l'on rencontre en maintes circonstances (voy. *Gaz. Trib.* 11 juin 1879, p. 563, col. 2 ; Revue de jurisp.), trouveront leur explication dans la note suivante.

(68) Dalloz, *Rép.*, mots FONCT. PUB., n° 54 ; FORFAITURE, n° 51, et OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 2. — Voir, à titre d'exemples, l'art. 14, 5e al., de la loi du 19 décembre 1790, et l'art. 42 de la loi du 22 frimaire an VII. (MM. Vuatrin et Batbie, *op. cit.*, pp. 486 et 530.) Comp. notamment, relativement aux avoués, Dalloz, *Rép.*, mot FONCT. PUB., *eod.*; et Crim. rej., 27 juin 1823, 1er considérant : « La Cour, etc..., attendu..... que les particuliers qui ont des procès civils, soit en demandant, soit en défendant, sont forcés de recourir à leur ministère, et que, dès lors, ils sont *officiers publics*, par cela même qu'ils sont *officiers ministériels*..... » (Dalloz, *Rép.*, t. XXVI, p. 16, note 1.) Comp. les termes d'une décis. minist. du 22 sept. 1854 (M. Demoly, t. 2, n° 3701). — On pourrait presque induire cette même idée, en y regardant de près, du Code civil lui-même. (Voir l'art. 796, 2e al.) — Voyez aussi, en ce qui concerne les courtiers, l'art. 486, 2e et 3e al., du C. de com. ; et comparez la note 65, *supra*.

L'observation présentée au texte a de l'importance à un certain point de vue : c'est que, sans justifier complètement la confusion légale signalée ci-dessus et note 65,

fond ces trois classes de personnes et amène dans la forme un changement, une variation de désinence ? Là est le désaccord. A

---

elle la rend du moins beaucoup plus excusable. — Nous ajouterons que cette qualification générique a son utilité dans le cas, par exemple, où un *officier ministériel* viendrait à être remplacé par un suppléant, auquel la nature spéciale de ses fontions habituelles et leur caractère particulier ne permettraient pas d'attribuer la qualification d'*officier ministériel*, portée par celui dont il tient la place et dont il remplit les attributions. Ainsi, en Algérie, un garde colonial peut faire fonctions d'huissier. En le désignant sous le nom d'*officier public*, ainsi que l'a fait un arrêt de la Cour de cassation (Crim. rej., 22 avril 1869, D. P. 70, 1, 435; S. V. 71, 1, 166), cité ci-dessous (note 100), on échappe à une impropriété de terme, résultant de l'emploi du mot *ministériel*, qui cadrerait évidemment moins bien que le vocable de la Cour suprême, avec la nature même des attributions ordinaires de ce fonctionnaire. (Voy. aussi *supra*, la note 65.)

Que si, maintenant, on se demande en quoi diffèrent les *officiers publics* des *fonctionnaires publics*, nous répondrons que c'est par leur caractère même. En effet, par nature et par essence, le *fonctionnaire public* se rattache d'une façon beaucoup plus intime, et beaucoup plus directe que l'autre, à la constitution politique de l'Etat, à l'organisation des divers pouvoirs publics, dont il est un des nombreux rouages, un des nombreux moteurs. Aussi, tandis qu'on peut le définir exactement en disant que « *c'est l'homme qui..... concourt d'une manière quelconque, et dans une sphère plus ou moins élevée, à la gestion de la chose publique.* » (Dall., *Rép.*, mot FONCT. PUB., n° 1), ne saurait-on en dire autant de l'*officier public* qui, lui, n'est pas autre chose qu'une personne munie d'un emploi public, « *dont le concours est nécessaire pour des actes d'un intérêt public ou privé.* » (Dall., *Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 1.) Comp. les deux définitions *infra*, pp. 58 et 59. — Seulement, l'*officier public* exerçant toujours, à l'instar du *fonctionnaire public*, une fonction publique, il nous semble juste de considérer le second comme formant un genre dont le premier serait une espèce, et de dire dès lors que la différence qui les sépare est la même que celle par laquelle se distingue celle-ci de celui-là. Et si l'on cherche à présent le signe caractéristique, on le rencontrera dans cette idée que toujours le *fonctionnaire public*, en agissant comme tel, le fait dans un but d'intérêt public, en vue de l'*utilitas publica*, au lieu que l'*officier public* n'a très-souvent à se mouvoir que dans le cercle plus restreint des intérêts privés. (Comparez la citation de Dalloz que nous faisons, p. 42.) De son côté, cette espèce elle-même se divise en diverses catégories, pour lesquelles elle devient à son tour générique *parte in qua*, plusieurs classes d'*officiers publics* ayant reçu une appellation particulière; tels, notamment, les *officiers ministériels*. Dalloz, que paraîtraient, au premier abord, autoriser les termes de la loi (art. 1596, dernier al., C. civ.), si le législateur n'avait pris soin de les rectifier plus tard (art. 175 C. pén., et 21, 1°, C. for.), Dalloz nous semble, à cet égard, commettre une véritable confusion, quelle que soit l'extension que l'usage permette de donner aux mots *officiers publics*, lorsqu'il fait rentrer dans cette catégorie les officiers de justice *lato sensu* (voir note 44, *supra*), les officiers du ministère public, les officiers municipaux, les officiers de police judiciaire, les officiers de l'état civil. (*Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 1, *in fine*.) Ce sont là de véritables *fonctionnaires publics*; à moins, toutefois, ce dont la pratique et avec elle certains auteurs (Dalloz, *Rép.*, *eod.*, n°s 1 et 6; Toullier, passage cité note 106; Merlin, *Rép.*, mot NULLITÉ, § V, rubr., combinée avec n°s II et VI; comp. M. Pont, *Comment. — Traité des privil. et hypoth.*, 2e éd. t. 1, n°s 170 et 171; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., t. 8, § 755, p. 201, 2e *passim*; Laurent, *Principes de dr. civ. fr.*, 2e éd., t. 19,

notre connaissance, un double criterium a été proposé pour opérer la séparation, la délimitation.

---

nos 102 à 108 inclus., *passim*) donnent de fréquents exemples, à moins, disons-nous, d'établir une synonymie, qui nous paraît inexacte, entre les deux expressions *fonctionnaires* et *officiers publics*, et d'attribuer au second de ces termes une généralité devant l'ampleur de laquelle nous reculons. (On la rencontre cependant dans l'art. 2 de l'arrêté du 24 prairial an XI ; Tripier, sous l'art. 972 C. civ., note 1.) Car, une fois admise, on arriverait logiquement à dire (conclusion évidemment erronée) que les *officiers ministériels*, dont le ministère est purement privé, sont aussi des *fonctionnaires publics*, puisqu'il n'est pas douteux que les *officiers ministériels* sont des *officiers publics*. Un arrêt de la Cour de cassation (Crim. rej., 16 juillet 1812 ; S. V., C. N., 4, 1, 151, et note 7), conforme à un autre arrêt de la même Cour, du 1er frimaire an XIII (Sect. crim. rej.; S. V., C. N., 2, 1, 28), n'a cependant pas craint d'aller jusque-là en ce qui concerne l'huissier, qu'il considère comme *fonctionnaire public*, dans le sens de l'art. 114 du Code pénal. (Comp. Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. 3, pp. 88 et 109 ; Carnot, *Comm. du Code pénal*, t. Ier, p. 382 ; Rolland de Villargues, *Codes crim.*, sur l'art. 114 du C. pén.) ; mais la Cour suprême, en usant d'une dénomination vicieuse, dans un arrêt non critiquable au fond, n'a pas poussé plus loin cette dangereuse assimilation. Et elle a jugé notamment, et avec toute raison, que cette qualité n'appartient pas aux huissiers dans le sens des lois répressives de la diffamation. (Crim. rej., 25 juin 1831 ; Dall., *Rép.*, mot FONCT. PUB., n° 47, 10° ; Comp. cependant *infra*, note 121, *β*.) Ce qui établit bien d'ailleurs la confusion dans laquelle Dalloz est involontairement tombé, c'est, d'une part, qu'il termine précisément son énumération par la mention desdits officiers ministériels ; c'est, d'autre part, que nous nous trouvons entièrement d'accord avec lui, au mot FONCTIONNAIRE PUBLIC (n° 46), siège même de la matière ; c'est, enfin, qu'il prend soin à plusieurs reprises, et ceci est absolument décisif, de nous avertir qu'il ne faut pas confondre les *officiers ministériels* avec les *fonctionnaires publics*. (Voir *Rép.*, mots FONCT. PUB., n° 54 ; OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 2.) Une confusion identique, et même plus grave, se rencontre dans le rapport fait le 8 mars 1843 à la Chambre des députés (au sujet de la loi promulguée le 21 juin suivant) par Philippe Dupin, qui qualifie in globo *officiers publics* les huissiers, les gardes champêtres et les gardes forestiers. (Voir ce passage cité dans le 1er al., *in fine*, du 3e considérant d'un jugement du trib. civ. de Rambouillet, du 13 juillet 1876 ; *Gaz. Trib.*, 15 janvier 1879, p. 45, col. 2. Voir aussi le *Moniteur* du 9 mars 1843.) — Remarquons, au reste, que, dans l'application, la dénomination de *fonctionnaire public* a un sens beaucoup plus restreint que celui qui résulte de la définition ci-dessus : c'est ainsi, notamment, que toutes les dispositions du C. pén., relatives aux *fonctionnaires publics*, ne comprennent pas tous ceux auxquels pourrait s'appliquer cette définition. C'est, au surplus, d'après les circonstances, d'après l'esprit et le but de la loi, dans le langage de laquelle cette expression ne s'applique pas toujours aux mêmes personnes (puisque tel qui doit être réputé *fonctionnaire public* dans le sens de telle disposition, ne doit pas être considéré comme ayant cette qualité, dans le sens de telle autre), c'est, disons-nous, d'après le but de la loi, qu'on doit, dans chaque cas particulier, et *secundum subjectam materiam*, déterminer l'étendue qu'il convient d'attacher à cette expression, afin de se conformer à l'intention présumée du législateur. (Dall., *Rép.*, mot FONCT. PUB., *loc. cit.* — L'arrêt du 16 juillet 1812 nous en a fourni un exemple.) Terminons, sur ce point, en faisant observer que la dénomination d'*agent du Gouvernement*, que l'on trouve parfois dans la loi (voir, en particulier, art. 114, 1er al., C. pén.), a une signification beaucoup moins étendue que la précé-

Le premier est celui-ci. Il est dû à M. Morin (69). Pour cet auteur, « la qualification d'officiers ministériels appartient à ceux des *officiers publics* dont le *ministère* est nécessaire pour préparer ou exécuter les décisions de la justice, et qui ne peuvent le refuser quand il est dûment requis ». De là il tire les conséquences suivantes : seront seuls *officiers ministériels* : « les avoués, dont le ministère est réellement nécessaire et forcé pour tous procès entre parties devant les tribunaux civils, et qui préparent effectivement les décisions de la justice ; — les huissiers, ministres inférieurs de la loi, dont le concours est nécessaire pour introduire les instances et exécuter forcément les décisions judiciaires ; — les commissaires-priseurs et les gardes du commerce (70) qui, les uns et les autres, font fonctions d'huissiers dans certaines localités et pour certaines opérations. » — A l'inverse, il ne faudra pas employer cette qualification pour les greffiers, qui, bien qu'officiers publics (71), sont réputés membres des Cours et Tribunaux ; pour les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, « qui composent un *ordre d'avocats* dont la dénomination est incompatible avec le titre d' officier ministériel, qui ne peuvent être forcés d'accepter une cause à laquelle ils

---

dente. Elle désigne une classe de fonctionnaires publics et « ne s'applique qu'aux fonctionnaires de l'ordre administratif qui dépendent du gouvernement..... » (*Id.*, *eod.*, n° 53.)

(69) *De la discipline des Cours et Tribunaux ;* t. I, p. 97, note.

(70) Institués en 1769, réorganisés sous Louis XVI en 1778, maintenus en 1791 par les décrets des 6 mars et 21 septembre, les gardes du commerce ont été virtuellement supprimés par la loi du 9 mars 1793, qui avait aboli la contrainte par corps ; ils furent enfin rétablis par la loi du 15 germinal an VI (titre 3, art. 2) sur la contrainte par corps ; leurs attributions avaient été déterminées par l'art. 625 du C. de com. et par le décret du 14 mars 1808. Ils étaient nommés à vie par le Chef de l'Etat. (Décret du 14 mars 1808, art. 1 et 2.) Leur nombre était de dix. Ils étaient chargés, mais à Paris seulement, de mettre à exécution les jugements ou actes emportant contrainte par corps. L'administration, paraît-il, leur permettait de présenter leurs successeurs, bien que la loi du 28 avril 1816 n'eût pas augmenté leur cautionnement, et qu'en conséquence son art. 91 n'en fît point mention. C'est ce qui leur avait sans doute valu la dénomination d'*officiers ministériels*. — Il ne peut plus être question, aujourd'hui, des gardes du commerce, depuis la loi du 22 juillet 1867, abolitive de la contrainte par corps. (Art. 18, 2e al.; Tripier, p. 1746.) Voir, sur ce point, Dalloz, *Rép.*, mot GARDE DU COMMERCE, n° 2.

(71) Voir *infra*, notes 107 et 111.

refusent, comme avocats, l'appui de leur parole » (72) ; pour les agréés près les Tribunaux de commerce, « qui ne sont pas officiers publics et mandataires légaux » (73) ; pour les notaires (nous y reviendrons plus bas) ; pour les agents de change et pour les courtiers de commerce, qui sont les « notaires du commerce. » (74)

On ne peut nier toute la part de vérité que renferme ce criterium. Mais il ne nous paraît pas assez certain pour pouvoir être admis *de plano* et *a priori*.

Dalloz, dont nous ne suivrons cependant pas non plus la doctrine, en thèse absolue, ou du moins dans toutes ses conséquences, ne l'a pas cru davantage, et c'est autre part aussi qu'il cherche le sien. Cet éminent jurisconsulte s'exprime de la sorte (75) : « Les *officiers ministériels* doivent être distingués des *fonctionnaires publics*. On désigne sous le nom d'officiers ministériels ou d'officiers publics (76) certaines personnes instituées par la loi avec la mission de faire, dans l'intérêt des particuliers, certains actes qui exigent des connaissances spéciales et une moralité au-dessus du soupçon. Ils sont bien revêtus d'un caractère public, mais ils n'exercent aucune portion de la puissance publique. A cette catégorie appartiennent notamment : les notaires, qui donnent l'authenticité aux conventions des parties (observons de suite combien peu cette déduction cadre

(72) *Contra*, Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 4, 3°, et CASSATION, n° 1141. — Nous faisons aussi nos réserves ; car nous ne voyons pas comment une dénomination pourrait, par suite d'une incompatibilité qui nous échappe, influer sur le titre technique à donner à des auxiliaires de la justice, investis, comme les avoués dont ils jouent le rôle, d'une charge vénale, et dont le ministère est, suivant nous, obligatoire, en ce sens qu'ils peuvent être désignés d'office.

(73) Comp. civ. cass., 5 septembre 1814 ; S. V., C. N., 4, 1, 608, et Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 8, et COMPÉT. CIV. DES TRIB. D'ARROND., n° 161.

(74) Morin, *op. et loc. citt.*, p. 259, note 1, et texte. Comp. ce que dit, à ce sujet, M. Favier-Coulomb, *Législat. du notar.*, p. 16, note 3. Pour cet auteur, le titre d'*officiers ministériels* « n'appartient qu'à ceux qui exercent une fonction personnelle auprès des tribunaux. » Cette opinion nous paraît très-contestable.

(75) *Rép.*, mot FONCT. PUB., n° 54. Comp. n° 141.

(76) L'emploi simultané de ces deux mots fait bien sentir l'influence de cette pratique vicieuse dont nous avons parlé ; elle peut se justifier néanmoins, en ne perdant pas de vue que les *officiers ministériels* sont des *officiers publics* (*lato sensu*).

avec le principe posé) ; les avoués, qui assistent les parties devant la justice ; les huissiers, qui font les significations prescrites par la loi et procèdent à l'exécution des jugements et actes ; les commissaires-priseurs, chargés de la vente aux enchères des objets mobiliers ; les agents de change, auxquels appartient le droit exclusif de négocier les effets publics et les effets de commerce, etc... » Ailleurs, il écrit : « On désigne sous le nom d'*officiers publics* les individus munis d'emplois publics dont le concours est nécessaire pour des actes d'un intérêt public ou privé, que ces individus soient ou ne soient pas dépositaires d'une portion de l'autorité publique. » Et plus bas : « Sous la dénomination d'*officiers ministériels* on comprend seulement cette classe d'officiers publics dont le ministère, obligatoire le plus souvent, n'est établi que pour des actes d'un intérêt *privé, et qui n'ont aucune part à l'exercice de la puissance publique*. Les officiers ministériels sont des officiers publics, par cela seul qu'ils exercent des fonctions publiques auxquelles ils sont nommés par le chef du gouvernement ; mais ils diffèrent des fonctionnaires publics et des agents de l'autorité publique, en ce que leur ministère est purement privé ». (77)

De ces divers passages, il résulte clairement, si nous comprenons bien la théorie dont nous venons de reproduire l'énoncé textuel, que deux signes distinctifs servent, d'après Dalloz, à discerner l'*officier ministériel* du *fonctionnaire public*, ou de l'*officier public* (*stricto sensu*). C'est 1° au caractère purement privé de son ministère, et 2° à l'absence complète et totale, chez le titulaire, de la qualité de dépositaire d'une portion quelconque de la Puissance publique, qu'on reconnaît l'*officier ministériel*, lequel, ainsi que nous le disions plus haut, par cela seul qu'il exerce une fonction publique, n'est qu'une espèce, qu'une variété de l'*officier public*.

Voilà un criterium qui nous semble parfaitement admissible,

(77) *Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., nos 1 et 2. Comp. les nos 4 et 5.

sous la triple réserve de donner aux mots leur valeur vraie, aux principes posés leurs conséquences et leurs déductions logiques, et de disjoindre, quant au *fonctionnaire* ou à l'*officier public*, comme le fait Dalloz, les deux conditions dont nous exigeons avec lui la réunion, pour nous trouver en présence d'un *officier ministériel* proprement dit, mais dont le cumul, n'étant nullement nécessaire en ce qui concerne le *fonctionnaire* ou l'*officier public*, deviendrait, à leur égard, une exigence inutile. Nous ne demanderons donc, pour constituer le *fonctionnaire public* ou l'*officier public* proprement dit, que l'accomplissement de l'une ou de l'autre des deux conditions inverses de celles qui font, par leur concours, le véritable *officier ministériel*. Mais il est clair que toutes deux pourront parfois converger sur la même tête ; et alors, le cas échéant, nous serons toujours en présence d'un *fonctionnaire public* proprement dit, puisqu'il est évident qu'en pareille hypothèse la personne en question concourra forcément, d'une façon quelconque, à la gestion de la chose publique (voyez note 68). Sous le bénéfice de ces observations, nous accepterons comme base les données initiales de notre auteur.

Cela étant, quelles vont être forcément, suivant nous, les personnes qui devront recevoir le titre d'*officiers ministériels?* Celles-là seulement, répondrons-nous, 1° dont le ministère est purement privé, et 2° qui n'ont aucune part à l'exercice de la Puissance publique (78). Pour peu que nous rencontrions le titulaire d'un emploi public quelconque, même parmi ceux qu'on nomme *officiers ministériels*, qui participe, soit *generaliter*, soit *specialiter* (79),

(78) C'est surtout à raison du peu de précision qui la caractérise, que nous nous écartons de la doctrine de M. Morin, et que nous ne croyons pas pouvoir admettre son criterium, qui d'ailleurs pèche plutôt par le vague que par erreur doctrinale.

(79) Il convient de s'entendre sur ces deux termes. Parmi les *fonctionnaires publics*, en effet, il en est dont la mission est d'exercer, d'une manière constante, la portion de l'autorité souveraine dont ils ont été investis : tels les magistrats ; — d'autres jouissent bien, *per se*, de la même prérogative, mais ils ne l'exercent pas d'une façon exclusive, en ce sens qu'ils peuvent être appelés à faire des actes qui ne ressortissent en rien à la Puissance publique. Il résulte de là, que certains *fonctionnaires publics* peuvent avoir des traits de ressemblance notable avec les *officiers ministériels*, sans que, pour cela, leur caractère en soit altéré : tels les notaires. — Ce n'est pas, en un mot, la

à cet exercice, ou dont l'action soit destinée à répondre à des intérêts ou à des besoins publics, nous n'hésiterons pas à lui reconnaître, d'une manière absolue ou relative, la qualité de *fonctionnaire public*, ce qui arrivera si la notion très-sommaire que nous avons donnée de lui, en notre note 68, convient et peut s'adapter sans difficulté et sans effort à la personne que nous aurons en vue. Et c'est notamment ce qui se produira, dès là que nous rencontrerons de sa part une participation quelconque, pourvu qu'elle soit bien nettement accusée, à la gestion de la chose publique, lors bien que le ministère de celui qui la possède n'aurait trait qu'à des intérêts purement privés (80).

---

continuité dans l'exercice de la délégation de telle ou telle partie de l'autorité souveraine qui fait, à nos yeux, le *fonctionnaire public*. Pour rendre claire notre pensée, nous dirons que quand le notaire délivre un titre exécutoire, il fait acte de la Puissance publique, il agit comme *fonctionnaire public;* s'il constate, par un protêt (art. 173 du C. de com.), un refus ou un défaut d'acceptation ou de paiement, il fait acte d'*officier ministériel*. Est-ce à dire que, la nature de ses fonctions étant mixte, le caractère que lui imprime la loi le soit aussi ? Assurément non, puisqu'il est habile en soi à mettre la force publique en jeu, toutes les fois qu'il en est légitimement requis. Nous verrons plus loin que le greffier a aussi des attributions mixtes ; mais toutes les fois que ses actes ne mettront pas en évidence le caractère de fonctionnaire public, que nous croyons devoir lui reconnaître (voir note 107), sans, plus que la loi, lui en donner le titre, mais révèleront plutôt celui d'*officier ministériel*, on n'en pourra tirer qu'une conséquence : c'est que, par rapport à ces actes seulement, il a agi en tant qu'*officier ministériel*, sans que sa qualité de *fonctionnaire public* ait cessé d'exister.

L'hypothèse de titulaires qui revêtent la double qualité de *fonctionnaires publics* et d'*officiers ministériels*, ce que nous avons entendu rendre par le mot *specialiter* (notaires, greffiers), et celle de titulaires qui ne participent pas à la seconde, ce que rend le mot *generaliter* (magistrats), présentent une frappante analogie. Ainsi, bien qu'ayant pour mission générale d'imprimer à leurs actes la force exécutoire, les magistrats peuvent, dans certains cas, être appelés à faire de simples constatations, dont le procès-verbal, bien qu'authentique, n'emportera pas l'exécution parée : tels les procès-verbaux dressés par le juge de paix en bureau de conciliation. Revêtus du caractère de l'authenticité (art. 1317 C. civ.), ils ne sont pas cependant exécutoires. C'est là le sens du 2e alinéa de l'art. 54 du C. de pr. civ. (Voir Merlin, *Rép.*, mot BUREAU DE CONCILIATION, nos 3 à 5 ; Carré, *Lois de la procédure civile*, t. 1, 231 ; Toullier, IX, 120, et X, 271 ; Zachariæ, § 419, texte et note 1 ; Aubry et Rau, t. 4, § 419, *in fine*, texte et note 5, p. 659 ; Laurent, t. 19, no 104.)

(80) Comp. la note précédente. — En un mot, voici, d'après nous, les signes différentiels qui diversifient les uns des autres les *officiers ministériels*, les *officiers publics* (*stricto sensu*), et les *fonctionnaires publics*, et dont nous tirons les trois définitions que nous donnons pages 58, 59 et 60.

1° Les *officiers ministériels* proprement dits se reconnaissent :

A — Au caractère purement privé de leur ministère ;

Or, si nous nous flattons de partager, quant au point de départ,

---

B — A l'absence absolue, chez le titulaire, de la qualité de dépositaire d'une portion quelconque de la Puissance publique ;

2° Les *officiers publics*, (*stricto sensu*), se séparent des précédents en ce que leur mission outrepasse le cercle des intérêts purement privés, ou en ce que, quand ils voient leur sphère d'action restreinte à ces dernières limites, d'une façon en quelque sorte anormale et accidentelle, ils participent, dans leurs fonctions habituelles, et dans les attributions spéciales qui leur sont confiées, à l'exercice de la Puissance publique, mais sans qu'ils aient reçu cependant de la loi le titre de *fonctionnaires publics*. (Tels seraient, notamment, les greffiers, les porteurs de contraintes, etc. — Comp. la note précédente et note 107, *infra*.) — Une confusion nous paraît, à cet égard, avoir été commise par M. A. Payen, dans l'analyse par lui donnée du projet de Code pénal anglais, dans la *Gazette des Tribunaux* des 7 et 14 août 1878. La troisième partie de ce projet est relative aux délits commis par ou contre les *officiers publics* et contre l'administration de la justice. Or, dit M. Payen, « sous la dénomination d'*officier public*, on comprend toute personne investie d'une autorité quelconque pour remplir une fonction publique, sauf toutefois les membres de l'une ou l'autre Chambre et les officiers appartenant à un corps ecclésiastique, naval ou militaire. — Les délits prévus, ajoute l'auteur, sont classés sous les rubriques suivantes : Extorsion, oppression, fraude, abus de confiance, négligence, refus d'accomplir un acte du ministère d'un *officier public*, corruption, etc. » — Il y a là, suivant nous, une confusion analogue à celle que nous avons signalée, notes 65 et 68 ;

3° Enfin les *fonctionnaires publics* sont tous ceux qui, beaucoup moins par le traitement qu'ils peuvent recevoir de l'Etat, que par la nature même des fonctions que le Pouvoir leur a concédées, sont, en leur qualité de dépositaires d'une portion quelconque de la Puissance publique (par exemple, d'une délégation de justice), reçue par eux de l'Etat (Comp., à ce sujet, les savantes conclusions de M. P. Berton, subst. près le Tribunal de Nevers ; *Gaz. Trib.*, 14 août 1878, p. 782, col. 1), appelés à concourir d'une manière constante, où tout au moins très-habituelle, à la gestion de la chose publique, alors même qu'ils n'exerceraient qu'en vue d'intérêts particuliers, et que leur ministère serait, de ce chef, purement privé, pourvu, dans ce dernier cas, que la loi leur ait conféré le titre dont nous parlons. *A fortiori*, ferons-nous figurer, dans cette catégorie, toutes les personnes qui, outre leur participation constante ou ordinaire à la gestion de la chose publique, rempliront un ministère destiné à donner satisfaction à des intérêts publics. — Nous ajouterons qu'on peut diviser en trois grandes catégories les *fonctionnaires publics* : les uns appartiennent à l'ordre administratif, les autres à l'ordre judiciaire, d'autres, enfin, à l'ordre purement civil : c'est spécialement dans ce dernier groupe que figurent pour nous les notaires. Nous observerons aussi qu'il est certains fonctionnaires qui, bien que rentrant, par la nature de leur mission, dans la première catégorie, figurent encore à certains égards dans la seconde. Nous avons nommé les maires, qui se rattachent à la première classe par leur caractère administratif, et à la seconde par leur qualité d'officiers de l'état civil : c'est là une remarquable particularité.

Nous noterons, en terminant, que la définition du *fonctionnaire public* n'est pas susceptible d'une précision rigoureuse. En effet, il est possible de rencontrer des cas où une personne déterminée pourra être réputée n'avoir pas ce caractère, qu'elle possède cependant en général, par rapport à l'application de telle disposition de loi, ou, à l'inverse, se verra, eu égard à la même disposition, attribuer cette qualité qui ne lui appartient pourtant pas d'une manière constante. (Voir notamment, en ce qui concerne la diffamation, notes 95 et 121 *β*.)

le sentiment de Dalloz, nous avons du moins le regret, en ce qui concerne les suites de la doctrine, de nous trouver en profond désaccord avec cet auteur, qui n'est peut-être pas exempt de tout reproche de contradiction avec lui-même (81). — Prenons, pour nous en convaincre, la question par le côté où le débat s'est engagé le plus vif, et demandons-nous, par exemple, ce qu'il faut penser au sujet du notaire. Est-ce un *officier ministériel?* Ne serait-ce pas plutôt, nous ne dirons pas un *officier public,* cette qualification, bien qu'on la lui donne quelquefois (voir note 100), ne serait pas plus légale (voir même note et surtout note 86) que juste (notes 65 et 68), mais un véritable *fonctionnaire public ?*

Dalloz se déclare hardiment le champion de la première opinion (82), et prend ainsi parti, en dépit des textes, pour une jurisprudence qui se montre aussi contradictoire que lui. — C'est ce

---

(81) Nous nous permettrons cependant de ne pas aller aussi loin que M. Laurent, dans l'appréciation qu'il fait de l'œuvre magistrale de Dalloz, et de ne point partager avec lui le sentiment de l'éminent jurisconsulte, dont le talent fait, paraît-il, la gloire du barreau de Gand, mais dont la critique vraiment outrée est destinée à en ternir l'éclat. Un travail d'une aussi longue haleine que celui de Dalloz (48 vol. in-4) peut offrir de regrettables contradictions, et présenter des défaillances fâcheuses, sans, pour cela, mériter qu'en le jugeant on dise de lui que, « considéré comme recueil d'arrêts, il est mauvais, et que pour la doctrine, il est nul. » (Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, t. Ier, p. 114, VI. Comp. *Principes de droit civil*, t. I, Introd., n° 35, *in fine*, p. 48.)

(82) Voir *Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., nos 4 et 5. — Il est moins affirmatif au mot NOTAIRE (n° 229), où il résout la question de la façon suivante : « Les notaires sont-ils des *officiers ministériels ?* Bien qu'ils soient investis de quelques attributions communes aux officiers ministériels, et comme tels placés sous la censure du garde des sceaux, il a été jugé qu'ils ne sont pas des officiers ministériels proprement dits, leurs fonctions étant en général incompatibles avec celles de ces officiers. (Rej. 12 août 1835, aff. Tessier, V°. DISCIP., n° 247 — 3°.) — Cependant, la jurisprudence leur accordant pour leurs honoraires le bénéfice de l'art. 60 C. pr., on peut en conclure qu'ils sont, dans certains cas, assimilés à ces officiers ou qu'ils sont des *officiers ministériels de la juridiction volontaire.* (Conf. M. Rolland, V° OFFIC. MIN., n° 4. — Outre qu'une pareille conclusion est beaucoup plus spécieuse que fondée (voir notre note 116), observez que les derniers mots dont se sert l'auteur ne peuvent pas cadrer avec les premiers ; car, prononcer les termes de *juridiction*, même *volontaire*, c'est éveiller inévitablement l'idée de délégation d'une portion quelconque de la Puissance publique.) — Carré, Quest. 2783; Favard, V° OFFIC. MIN.; Toullier, t. 7, p. 265, et Boncenne, t. I, p. 583, se fondant sur ce que le ministère des notaires est forcé, estiment qu'ils sont officiers ministériels, expression dérivée du mot *ministerialis*, lequel signifiait, d'après Du Cange, *serviteur* attaché au baron pour son service. (Comp. nos notes 44 et 89.) — Jugé, dans ce dernier sens, que les notaires appar-

que nous ne saurions admettre. Comment ! le notaire n'aurait aucune participation à l'exercice de la Puissance publique, et ne concourrait en aucune sorte, sous aucun rapport, à la gestion de la chose publique ? Nous avouons alors, si cela est, ne pas comprendre du tout, d'après ce qui précède, en vertu de quel principe ses actes emportent exécution parée, sans qu'il soit besoin de recourir à un jugement pour pouvoir employer la *manus militaris*, ou, en d'autres termes, sont *exécutoires sans visa ni pareatis*, comme dit l'article 547 du C. de pr. Or, puisqu'ils jouissent de cette prérogative incontestable (83), comment ne pas voir, dans celui à qui la loi commet le soin de les revêtir de la formule exécutoire, et par l'intermédiaire duquel elle donne aux particuliers le droit de s'en prévaloir, un véritable délégataire de l'autorité publique (84) ? Mais il y a mieux ; pour ne citer que le texte principal (85), la loi organique du notariat, du 25 ventôse an XI

---

tiennent à l'ordre des officiers ministériels, sur lesquels le ministère public a le droit d'exercer son investigation. (Trib. de Montauban, 12 fév. 1838, aff. min. pub. C. Chambre des notaires.) — V. FONCT. PUB., n° 51 ; MIN. PUB., n° 234 ». — Comp., d'ailleurs, sur cette question, Dalloz, *Rép.*, mots DISCIPL. JUD., n°s 241 et suiv.; PRESSE, n°s 745 et 746.

(83) Loi du 25 ventôse an XI, art. 19, 1er al. (Voir Dalloz, *Rép.*, mot NOTAIRE, n°s 224 et suiv., et n° 228.)

(84) Ce qui nous paraît surprenant, c'est de voir Dalloz ne pas se lasser de répéter que, pour être *officier public* (*fonctionnaire public* serait souvent plus correct, et ici en particulier), il faut être dépositaire d'une partie de l'autorité publique, et de dire que les fonctions notariales « n'impliquent pas l'exercice d'une portion quelconque de la puissance publique. » — « Si les fonctions notariales sont des fonctions publiques, en ce sens, notamment, que l'usurpation de ces fonctions constitue le délit réprimé par l'art. 258 du C. pén. (Crim. rej., 7 mai 1858, aff. Lambert, D. P. 58, 1, 260 ; S. V. 58, 1, 689), elles n'impliquent pas l'exercice d'une portion quelconque de la puissance publique... » (Dalloz, *Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 5.) — « Ils ne sont ni dépositaires ni agents de l'autorité publique », dit-il sous une autre forme. (*Rép.*, mot NOTAIRE, n° 228. — Cf. Crim. rej., 17 août 1849, D. P. 49, 1, 223.) Nous nous abusons peut-être fort ; mais nous ne pouvons trouver, dans ces derniers mots, que le produit d'une erreur singulière qui, une fois reconnue, entraîne le résultat inévitable d'une contradiction entre les conséquences et les prémisses de la doctrine posée.

(85) Dalloz reconnaît lui-même (*Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 5. Comp. mot NOTAIRE, n° 228) que *plusieurs* lois, relatives à l'institution des notaires, emploient les mêmes expressions. Voy., par ex., la loi des 29 sept.-6 octobre 1791, qui les institue *fonctionnaires publics* (section II, art. 1), et les qualifie *notaires publics*. (Sect. I, art. 3 ; et sect. II, art. 2, 3, 4, 6, 9, 10, 12, etc.; Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 173. — Comp. la note suivante). — Cette dernière qualification est fort ancienne. On la retrouve dans une ordonnance de Philippe le Bel, datée d'Amiens, juillet 1304. (Voy.

(16 mars 1803), art. 1er, prenant la peine de définir les notaires, les qualifie expressément de *fonctionnaires publics* (86). — La réponse de nos adversaires est facile, et ils espèrent triompher à bon compte, en objectant que « cette désignation n'est pas justifiée. » C'est une échappatoire sans valeur aucune; car c'est se

---

art. 1, 17, 20, etc.; Isambert, *Rec. gén. des anc. lois fr.*, t. 2, pp. 820 et suiv.) Elle est reproduite et comme rajeunie dans un arrêt de la Cour de cassation, sect. crim., du 13 mars 1812. (Dall., *Rép.*, mot PRESSE, n° 746, note 3.)

(86) « Les notaires sont *les fonctionnaires publics* établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner *le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique*, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. » — « Le motif principal pour lequel les notaires sont qualifiés *fonctionnaires publics* », dit fort bien M. Morin (*op. cit.*, t. I, p. 260, suite de la note 2 de la page 259), « est qu'ils ont reçu, par délégation du souverain, le pouvoir d'enjoindre à la force publique de mettre à exécution leurs actes. » — « Leur caractère public est une émanation directe de la puissance royale, exerçant le pouvoir exécutif », dit encore le même auteur. (*Op. et loc. citt.*, texte. — Comp. Toullier, 5e éd., t. 6, n° 211.) C'est qu'en effet les notaires donnent mandat de justice, et qu'il devient dès lors impossible de les considérer autrement que nous le faisons, à moins peut-être de prétendre aussi que ceux qui rendent la justice ne sont pas des *fonctionnaires publics*. (On a cependant été jusqu'à le soutenir. Voir note 92.) De là l'épigraphe adoptée par la Chambre des notaires de Paris sur ses jetons de présence : *Lex est quodcumque notamus*, qui n'est que l'application étendue, mais rigoureuse, du grand principe posé par l'art. 1134 du C. civ. — On a vu que la loi de 1791, dont il est parlé en la note précédente, donnait aux notaires la même qualification de *fonctionnaires publics*. (Sect. II, art. 1.) Voyez aussi dans Dalloz, t. 32, p. 581, n° 22, le rapport sur la loi du 25 ventôse an XI. Dans le projet de cette loi, la première rédaction donnait aux notaires la dénomination d'*officiers publics*. Elle fut changée, lors de la rédaction définitive, contre celle de *fonctionnaires publics*. Il est fort curieux de citer, à ce sujet, les paroles mêmes de Dalloz, parce qu'elles témoignent, mieux que tout commentaire, de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de suivre sa propre doctrine dans toutes ses conséquences ; il est parfois obligé, par la force des choses, de l'abandonner, et se voit contraint de reconnaître la justesse des termes employés par la loi : « ...Il est convenable de constater ici quel est le caractère dont les notaires sont revêtus », écrit-il au mot NOTAIRE, n° 228, et il poursuit ainsi : « Aux termes de l'art. 1er de la loi de l'an XI,.. « les notaires sont les *fonctionnaires publics*, etc... » La loi de 1791, section II, art. 1, les instituait également sous cette qualification. (Voy. le rapport, p. 581, n° 22.) Dans le projet de la loi de l'an XI, la première rédaction leur avait donné la qualification d'*officiers publics*, qui fut changée lors de la rédaction définitive contre celle de *fonctionnaires publics*. Ici, comme dans beaucoup de cas, le langage de la loi ne peut atteindre à une précision absolue. Sans doute, les notaires ne sont pas des fonctionnaires publics dans l'acception entière du mot (Voy. FONCTIONN. PUBLICS, n° 54) ; ils ne sont ni dépositaires ni agents de l'autorité publique (crim. rej., 17 août 1849, aff. Laurence, D. P. 49, 1, 223, et Vo PRESSE, — OUTRAGE) ; *mais ils sont fonctionnaires publics en ce sens qu'ils tiennent directement leurs attributions du pouvoir souverain, ainsi qu'on l'a expliqué nos 224 et suiv., et qu'ils ont, indépendamment du droit de recevoir les actes et de leur donner l'authenticité, le droit de requérir la force publique pour leur exécution.* »

défaire trop librement d'un texte formel qui gêne, parce qu'il est inéluctable.

Ce qu'il y a de certain, c'est que la loi les considère comme tels; cela nous suffit. Et d'ailleurs, ce n'est pas dans une définition de cette importance que le législateur aurait négligé de préciser sa pensée avant de l'exprimer, alors, notamment, que tout dans le texte dénote d'une façon péremptoire le caractère qu'il a expressément entendu leur assigner, et que, dans l'exposé des motifs au Corps législatif, l'orateur du Gouvernement, le conseiller d'Etat Réal, dit des notaires, qu'il appelle une *espèce de juges volontaires* (87), qu'ils donnent aux engagements « le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort.» (88)

(87) Comp. Délibération de la Chambre des notaires de Paris, du 14 mai 1857; *Gaz. des Trib.*, 15 janvier 1879, p. 45, col. 1, *in initio* de la citation. — Cette idée *(juges volontaires)* n'est pas nouvelle. On peut en rattacher historiquement l'origine première aux Capitulaires de Charlemagne, qui nomme les notaires *Judices chartularii*, expression que Merlin (*Rép.*, mot NOTAIRE, § 1 — II) commente en disant : « Cette dénomination précise et énergique semble annoncer que ce grand prince avait conçu l'idée des Notaires tels qu'ils existent aujourd'hui. » (Comp. ci-dessous, note 203. Comp. encore les lettres patentes de Stanislas, roi de Pologne, devenu duc de Lorraine, en date du 4 mars 1765, enregistrées au Parlement. Voy. Noël, *Recherches historiq. sur l'origine du notariat;* Nancy, 1831, pp. 123 et suiv.) Cependant M. l'avocat général Desjardins, dans les conclusions, très-juridiques d'ailleurs, auxquelles nous renvoyons *infra*, note 106, a prononcé cette phrase, qui n'est que le produit d'une erreur courante : « *Le notariat n'est un sacerdoce ou une magistrature que par métaphore.* » Il prétend vouloir s'en tenir au « texte précis et nu » de l'art. 1er de la loi de ventôse, dont il ne respecte pas même les termes si exprès et la formule si nette. (Voy. le renvoi au passage, note 106.)

(88) Favard de Langlade, dans son rapport au Tribunat, voit dans les fonctions des notaires *une magistrature*. (Comparer la note précédente.) Et il a dit en termes formels, à la tribune du Conseil des Cinq Cents : « Les Notaires exercent une espèce de judicature..... une partie de l'autorité de la justice. » Dans son *Répertoire* (mot NOTAIRE, n° 231), Dalloz reconnaît aussi très-nettement une véritable magistrature dans le ministère des notaires. — « Ses fonctions (du notariat) se composent..... d'une sorte de démembrement des attributions de l'autorité judiciaire. — Les notaires..... exercent une portion de l'autorité judiciaire », répète M. l'avocat général Guyho, en ses conclusions dans une affaire que nous avons déjà citée (note 84), et dont nous reparlerons bientôt. (Voy. *infra*, texte et note 92.) Le rapport au Roi sur l'ordonnance des 4-12 janvier 1843 paraît bien reconnaître comme exactes et comme devant être maintenues les expressions de la loi organique, puisqu'il débute par ces mots : « Sire, le notariat a toujours été environné d'une grande considération. Le législateur de l'an XI, en donnant aux notaires le titre de *fonctionnaires publics*, a proclamé l'importance de leur profession. » (Voy. *Moniteur* du 9 janvier 1843, et Devill. et Car., *Lois annotées*, 2e série, p. 739, note 2.) Cette ordonnance, dans son article 14, contenant une disposition relative aux notaires, qui n'existe pas pour les *officiers mi-*

Nous ferons encore valoir, comme considération extrinsèque, que le décret du 24 décembre 1790, intitulé « Décret relatif à la liquidation des offices d'officiers ministériels », ne comprend pas les notaires (89).

Ajoutons qu'un argument des plus forts en notre faveur résulte du rapprochement et de la comparaison des articles 18, 3e alin., et 19, 2e alin., de la loi sur le timbre du 13 brumaire an VII (90). — Nous terminerons, en faisant observer qu'à une époque lugubre, où l'esprit législatif avait à pourvoir à des besoins bien autrement sérieux que celui de se préoccuper de l'emploi d'un terme bien choisi, la loi du 14 août 1870, promulguée le 15, a été, par la force des choses, amenée à reconnaître formellement qu'il fallait établir une distinction entre les notaires et les officiers ministériels. Elle porte, en effet, pour titre : « Loi relative aux notaires, officiers ministériels, etc., appelés sous les drapeaux et autorisés à se faire suppléer dans leurs offices. » (91)

---

nistériels (privation de voix délibérative dans l'assemblée générale des notaires de l'arrondissement), prouve bien encore que ce dernier caractère ne saurait être reconnu aux notaires. (Voy. aussi, en ce sens, une instruction minist. du 6 juin 1840; M. Demoly, t. 2, n° 2801.)

(89) Nous n'ignorons pas que des auteurs tirent argument contre nous de l'art. 3 de la loi du 25 ventôse an XI, pour soutenir que les notaires sont des *officiers ministériels*. Cet article porte qu' « ils sont tenus de prêter *leur ministère* lorsqu'ils en sont requis. » Nous ne croyons pas devoir répondre à une semblable objection : il suffit de l'énoncer. (Voy. Carré, *Organis. et compét. des juridictions civiles*, t. 2, pp. 362 et suiv., et Rolland de Villargues, *Répertoire du notariat*, mot OFF. MINIST., n° 4. Comp. n° 6.)

(90) Devill. et Car., *Lois ann.*, C. N., 1re série, p. 464, col. 2,

(91) L'art. unique de cette loi, 1er alinéa, et le rapport de M. Cochery, sur la proposition duquel (le 13 août, voy. *Journal officiel* du 14, p. 1419) elle a été votée, sont tout ce qu'il y a de concluant en notre sens. (Voy. Devill. et Car., *Lois ann.*, 6e série, année 1870, p. 505, col. 1, et note 2.) Cf. Décret du 25 oct. 1870 (*ibid.*, 7e série, ann. 1871, p. 12); décret du 4 décembre 1870 (*ibid.*, *loc. cit.*, p. 16); loi du 2 mai 1871 (*eod.*, p. 46); loi du 28 fév. 1872 (*ibid.*, ann. 1872, p. 185). Comp. aussi la proposition de loi relative aux élections des juges des Trib. de commerce, art. 2, modificatif de l'art. 618 du C. de comm., 7e; *Gaz. des Trib.* du 7 mars 1879, p. 221, col. 3. — Un argument identique peut se tirer de la loi du 21 novembre 1872 sur le jury. L'art. 2, 7e de cette loi, reproduisant textuellement le § 8 de l'art. 3 de la loi du 4 juin 1853, porte : « Sont incapables d'être jurés,... 7° les notaires, greffiers et *officiers ministériels* destitués. »

Un dernier argument pourrait être puisé dans une simple observation de fait. On a pu remarquer que, dans la liste des autorités qui ont, soit en toute circonstance, soit

Quant à la Jurisprudence, elle ne nous paraît pas être fixée d'une manière absolue. Elle déclare, en effet, d'une part que les fonctions notariales sont des fonctions publiques, en ce sens spécialement que l'usurpation desdites fonctions constitue le délit réprimé par l'art. 258 du Code pénal (92), et, d'un autre côté, elle

---

du moins en certains cas, qualité pour recevoir des reconnaissances d'enfants naturels, ou pour en donner acte, ne figurent que des *fonctionnaires publics* (tels les membres des tribunaux, les officiers de l'état civil, les juges de paix, les juges commissaires ou instructeurs), au nombre desquels on rencontre précisément aussi les notaires, en vertu de l'art. 1er de la loi du 25 ventôse an XI, et de l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843. (Voir Merlin, *Rép.*, mot FILIATION, n° 6; Maleville, sur l'art. 334 C. civ.; Loiseau, *Traité des enfants nat., adult., incest. et abandonnés*, pp. 451 et 452, Paris, 1811, 1 vol. in-8, avec un appendice de 127 pages, publié en 1819; Rolland de Villargues, *Traité des enf. nat.*, n° 219, Paris, 1811, 1 vol. in-8; Duranton, III, 212; Demolombe, V, 395; Aubry et Rau, t. 6, p. 166, texte et note 9; Valette, *Cours de Code civ.*, t. I et malheureusement unique, p. 425 B.

(92) Voir *supra*, note 84. — Crim. rej., 7 mai 1858, D. P. 58, 1, 260. Voir la note, et pp. 262 et suiv., les remarquables conclusions de M. l'av. gén. Guyho, conclusions très-conformes à notre sentiment, et dont nous demanderions la généralisation à tous les cas. Ce qui empêche cet honorable magistrat de considérer à tous égards les notaires comme des *fonctionnaires publics*, c'est, il le dit lui-même, que « leur ministère se rapporte exclusivement à des intérêts privés. » Mais cet argument tombe de lui-même, si l'on admet avec nous qu'il suffit que la notion du *fonctionnaire public*, telle que nous l'avons présentée, cadre sans effort avec le caractère des attributions de la personne que nous avons en vue, pour qu'on doive lui décerner cette dénomination. (Voy. note 80, 3e.) Il y a plus ; dans la très-grande généralité des cas, le magistrat n'a à s'occuper, lui aussi, exclusivement, que d'intérêts privés. Est-ce à dire, pour cela, que, dans ces hypothèses, son caractère se transforme et qu'il ne soit plus un *fonctionnaire public?* Personne, à notre connaissance, n'avait, jusqu'à ces derniers temps, osé émettre une pareille théorie. Cependant M. L. Jousserandot, prof. de Pandectes à la Faculté de droit de l'université de Genève, vient de publier un volume intitulé : *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, dans lequel il soutient que la magistrature est une *charge publique* et non une *fonction*. Comme cette doctrine, toutefois, n'a pas chance, nous l'espérons, d'avoir beaucoup d'écho, et que la réponse négative à la question posée nous paraît incontestable, il en faut conclure que la qualité dont le magistrat est revêtu tient à quelque chose de plus profond qu'à la possibilité d'être ou de n'être pas mêlé à des intérêts publics : nous voulons dire à la délégation même dont le Pouvoir suprême l'a investi, et à l'exercice d'une partie de l'autorité publique. Eh bien! nous espérons avoir montré que le notaire est, tout comme le magistrat, dépositaire d'une portion de cette Puissance publique.

Il est bien entendu que, pour que le délit d'usurpation existe, il est nécessaire, c'est là un élément essentiel de la criminalité, que l'usurpation commise se soit effectivement appliquée à une *fonction publique*. (Voy. MM. Chauveau et Hélie, *op. cit.*, t. 4, p. 500.) Comp., comme applications : Rouen, 11 décembre 1840; Trib. Seine, 24 décemb. 1842; (Dalloz, *Rép.*, mot FONCT. PUB., n° 119, 1° et 5°, et note 1); Bourges, 19 janvier 1843 (*ibid.*, 2°, et note 2, et D. P. 44, 4, 205); Trib. de Gien, 13 novembre 1850 (Morin, *Rép. crim.*, mot USURPATION D'AUTOR., n° 8); Trib. de Soissons, 18 mars 1856 (*Journ. des*

admet qu'elles n'impliquent pas l'exercice d'une portion quelconque de la Puissance publique ; de là elle en vient à dénier aux notaires la qualification de *fonctionnaires publics*, qu'elle réserve aux seuls agents dépositaires d'une partie de l'autorité publique, lorsqu'il s'agit de l'application des lois édictées pour la protection de cette catégorie de personnes (93). C'est particulièrement par suite de cette idée que l'art. 20, 1er alin., de la loi du 26 mai 1819 a été déclaré inapplicable en ce qui les concerne (94), par ce

---

not., art. 15 et 784). — Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, mots FONCT. PUB., n° 3, et NOTAIRE, nos 233 et suiv.

(93) Voir la note qui accompagne dans Dalloz l'arrêt du 7 mai 1858, dont il est question en nos notes 84, 88, 92 et 121. Comp. le même auteur, *Rép.*, mot PRESSE, n° 1517.

(94) Chambre crim., 9 sept. 1836, D. P. 36, 1, 347 ; 27 nov. 1840, D. P. 42, 1, 200 ; 17 août 1849, D. P. 49, 1, 223. — Comp. Chassan, t. 2, p. 460, et Dalloz, *Rép.*, mot PRESSE, n° 1517. — Mais alors, en présence de cette jurisprudence, nous nous permettrons de poser cette question : Pourquoi la même Chambre criminelle reconnaît-elle, en matière d'outrage, le caractère de *fonctionnaires publics* aux professeurs de Faculté ? (Crim. cass., 31 mai 1856, D. P. 56, 1, 312 ; voir, dans le même sens, Clerc et A. Dalloz, *Formulaire et Code du notariat*, t. 2, p. 4, nos 15 et suiv. Comp., au surplus, la note suivante.) Est-ce donc qu'ils seraient, plus que les notaires, dépositaires d'une portion de l'autorité publique, ou qu'ils concourraient plus qu'eux à la gestion de la chose publique ? Bien mieux : il est encore d'autant plus surprenant de voir la Cour de cassation si restrictive, malgré des textes formels, à l'endroit des notaires, quant à la reconnaissance de leur caractère vrai, qu'à maintes reprises la Cour suprême s'est montrée fort libérale à l'égard de certaines personnes, auxquelles elle a donné la qualification dont s'agit, alors que le silence complet de la loi à leur sujet rendait à tout le moins leur nature assez ambiguë. C'est ainsi que, par décisions expresses, elle a reconnu la qualité de *fonctionnaires publics :* aux maires et à leurs adjoints ; aux juges de paix ; aux commissaires de police ; aux percepteurs des contributions ; aux receveurs municipaux ; aux receveurs et percepteurs de deniers publics de toute espèce ; aux préposés des douanes ; aux piqueurs et conducteurs des ponts et chaussées, considérés comme agents du Gouvernement par une décision ministérielle du 24 avril 1828 (Conf. ordonnances du 16 avril 1841 et du 17 septembre 1844 ; Demoly, t. I, n° 2149, et note 4) ; aux agents comptables des subsistances, employés même par intérim ; aux huissiers, dans un certain cas (Voir note 68, p. 39) ; au concierge ou geôlier d'une maison de réclusion (Crim. cass., 18 fructidor an III), considéré depuis comme *officier public* (Crim. rej., 26 août 1824. — Voir toutes ces décisions dans Dalloz, *Rép.*, mot FONCT. PUB., nos 47 et 48) ; aux préposés des ponts à bascule (C. cass., 8 mai 1846, S. V. 46, 1, 589. Comp. Demoly, t. I, n° 2149) ; etc., etc. — Comp. Devill. et Gilbert, *Jurisprudence du XIXe siècle*, table générale, mot FONCT. PUB., nos 1, 34 à 37 incl., et 60. Enfin des arrêts de Cours d'appel ont reconnu cette même qualité à l'exécuteur des jugements criminels (Lyon, 21 juillet 1856, S. V. 57, 2, 108) ; aux gardes-ports (Paris, 30 janvier 1857, S. V. 57, 2, 108) ; etc. — Voir d'ailleurs, en ce qui concerne la question de savoir quelles personnes doivent ou non être considérées comme agents ou dépositaires de l'autorité publique, ou comme fonctionnaires, au double point de vue de la diffamation et de l'outrage, délits prévus et punis par les lois du 17 mai 1819,

motif que les notaires ne peuvent être considérés comme dépositaires ou agents de l'autorité publique, dans le sens de cette disposition légale (95).

Dalloz approuve cette jurisprudence; mais la raison qu'il

---

art. 16; 26 mai 1819, art. 20, et 25 mars 1822, art. 6; M. Rolland de Villargues, *Les Codes criminels*, 5e éd., t. 2; *Code des lois de la presse*, 3e éd., p. 24, nos 4 et suiv.; p. 38, nos 10 et suiv., et p. 46, nos 38 et suiv. — Nous ne trouvons, dans ces décisions contradictoires, que la preuve d'une grande hésitation de la part de la Cour de cassation sur le caractère vrai et distinctif du *fonctionnaire public*. (Voir note 67.)

(95) Il a été jugé, en conséquence, que la preuve des faits diffamatoires à eux imputés à raison de leurs fonctions, ne peut pas plus être admise à leur égard, qu'à l'égard des avoués. (Crim. rej., 9 sept. 1836; Paris, 19 nov. 1836; Dall., *Rép.*, mot PRESSE, no 1517, p. 753, note 2; Riom, 13 nov. 1846, D. P. 47, 2, 37.) — Comp., MM. Chassan, t. I, p. 382, note 3; de Grattier, t. I, p. 208, note 1, et p. 419, note 1. Ajoutez M. Rolland de Villargues, *opp. et locc. citt.*, p. 25, nos 21 et 22. Ce dernier numéro est particulièrement explicite : « Les notaires ne peuvent être assimilés », y est-il dit, « à des agents ou dépositaires de l'autorité publique, ni à des *fonctionnaires publics* (dans le sens, bien entendu, de l'art. 16 de la loi du 17 mai 1819). — Colmar, 16 oct. 1866 (Kuenemann), J. p., 67, 224. » Le même auteur (*ubi supra*, p. 24, no 4) enseigne qu' « on ne peut considérer comme dépositaires ou agents de l'autorité publique, ou comme investis d'un caractère public (toujours dans le sens de l'article précité), que ceux qui, par délégation médiate ou immédiate du gouvernement, exercent, dans un intérêt public, une portion de son autorité. — Paris, 31 mars 1843 (Briet), J. p.; Dalloz, Vo PRESSE, no 903. » Puis les nos suivants indiquent quelles personnes doivent être considérées comme agents de l'autorité publique, ou ne peuvent être réputées telles. — Plus loin, à propos de la disposition de l'art. 20 de la loi du 26 mai 1819, le même auteur déclare (p. 38, nos 13 et 14) qu'il n'y a pas lieu d'appliquer cette disposition aux avocats ou aux avoués (Paris, 19 nov. 1836; Chassan, t. 2, p. 409), ni aux notaires qui ne sont ni « dépositaires ni agents de l'autorité. — Cass., 27 nov. 1840 (Clément), *B. cr.*; Chassan, t. 2, p. 40. » Et enfin, au sujet de l'outrage prévu et réprimé par l'art. 6 de la loi du 25 mars 1822, le même auteur décide (p. 47, nos 55 à 57 incl.) que ne sont pas des *fonctionnaires publics*, dans le sens de cette disposition, les avoués (*sic* : cass., 14 avril 1831, Fourdinier, J. p.; 9 sept. 1836, Hocmelle, J. p.; Paris, 19 nov. 1836, *id.*; Chassan, t. I, p. 441; de Grattier, t. 2, p. 54); les huissiers qui « ne sont que de simples particuliers » (*sic* : cass., 25 juin 1831, Bergé, J. p.); les notaires : « Ils doivent être », dit-il, « rangés dans la classe des simples particuliers. » (*Sic* : cass., 9 sept. 1836, et Paris, 19 nov. 1836, précités, J. p.; cass., 27 nov. 1840, Clément, J. p., 41, 1, 438; Riom, 13 nov. 1846, D. P. 47, 2, 37; Bordeaux, 21 mars 1860, Chavenat, S. V. 60, 2, 620; de Grattier, *ubi supra*. — Voir toutefois, *contra* : cass., 22 juin 1809, Vincent, J. p. — Comp. Rolland de Villargues, *C. crim.*, t. I, sous l'art. 224 du C. pén.) — Nous n'insisterons pas sur tout ce qu'il y a de juridiquement inexact dans cette formule que les huissiers comme les notaires ne sont que de *simples particuliers*, même en ce qui touche l'application d'une disposition spéciale. — Comparez, sur la diffamation, *infra*, notre no 8, quatrième intérêt.

Il a de même été jugé que c'est à raison de son caractère d'*officier ministériel* que l'art. 224 du C. pén. (remplacé par la loi du 13 mai 1863, et que, par arrêt du 19 mai 1827, Maréchal, J. p., la Cour de cassation avait décidé n'avoir pas été abrogé

donne pour la justifier n'est rien moins que probante : « Les notaires font, en effet, » dit-il, « un grand nombre d'actes, pour lesquels ils sont en concours avec d'autres classes d'officiers ministériels (96) ; cette concurrence s'explique, parce que le

---

par la loi du 17 mai 1819) est applicable aux outrages commis envers un notaire à l'occasion ou à raison de ses fonctions, et qu'il n'y a aucune distinction à faire à cet égard. (Comp. note 94. — Crim. cass., 13 mars 1812 ; Dall., *Rép.*, mot PRESSE, n° 746, texte et note 3. En ce sens : Chauveau et F. Hélie, *Théorie du C. pén.*, t. 4, p. 371, et Favard, *Rép.*, mot INJURE, § 2, n° 16. Comp. M. Grellet-Dumazeau, t. I, p. 243, et le n° 687 — 2°, même mot, dans le *Rép.* de Dalloz. Voir aussi, sur ce point, MM. Rolland de Villargues, *Les Codes crim.*, t. I, p. 685, notes sous l'art. 224 C. pén. n° 2 ; Carnot et Bourguignon, sur l'art. 224 ; Chauveau et F. Hélie, t. 3, p. 141.) La Cour de cassation a pareillement décidé, par arrêt du 30 juin 1832 (Ségaud), J. p., que les porteurs de contraintes, étant huissiers des contributions directes, sont *officiers ministériels* et doivent être protégés par cet article. (Voir Rolland de Villargues, *op. et loc. citt.*, n° 5. *Contra*, Chauveau et F. Hélie, *loc. cit.* — Comparez notes 121 et 206.)

Nous ne contesterons en aucune façon le bien fondé de ces décisions ; mais nous donnerons, en ce qui concerne la première, un tout autre motif, beaucoup plus plausible et au moins aussi légal : que si la disposition de l'art. 20 de la loi de 1819 est inapplicable aux notaires, cela tient bien moins, selon nous, à ce qu'ils n'ont pas, d'après la jurisprudence, le caractère que nous leur reconnaissons, qu'à cette idée que les raisons politiques qui ont donné naissance à la disposition dont s'agit (Voir Dalloz, *Rép.*, mot PRESSE, n° 1510) sont complètement étrangères à des fonctionnaires, dont le ministère a trait à des intérêts purement privés, pour lesquels la publicité est loin d'être chose désirable, et qui, au besoin, savent bien prendre leur défense eux-mêmes. La vigilance toujours éveillée des particuliers est grande et circonspecte, et les garanties légales dont ils sont entourés sont trop nombreuses, pour qu'il ait été utile d'en imaginer de nouvelles. (Voir là-dessus Dalloz, *Rép.*, mot PRESSE, n°s 1510 et suiv.) — Relativement à l'application aux notaires de l'art. 224 C. pén., auquel il faut joindre l'art. 227 du même Code, c'est encore ici bien moins parce qu'ils sont des officiers ministériels que cette disposition de loi les concerne, que parce qu'ils participent, à certains égards, du caractère de ces officiers.

Osons dire la vérité : si la jurisprudence se montre si avare envers les notaires du titre de *fonctionnaires publics*, nous n'en voyons d'autre raison qu'un motif dicté par un préjugé vraiment singulier, qui tend à attacher à cette qualité une idée de supériorité, et, par voie de conséquence, à regarder celle d'*officiers ministériels* comme désignant des fonctions d'un ordre inférieur. (Voir dans l'ouvrage précité de Carré, t. 2, pp. 361 et suiv., la note *a* de M. Foucher.) Or, nous le demandons, est-ce d'un simple qualificatif qu'on doit faire dépendre le plus ou le moins de noblesse de la carrière et de la profession ? — Nous serions profondément et sincèrement désolé, quand nous parlons du notariat, de faire naître la pensée que nous plaidons un peu *pro domo*. Nous sommes convaincu, d'ailleurs, que nul ne trouvera étonnant un zèle impartial, que la raison, et non le sentiment seul, alimente.

(96) A titre d'exemples, il dit qu'ils sont appelés à procéder aux ventes publiques (nous verrons, note 112 — XI observations 1 et *passim*, que si, en matière de ventes publiques de choses mobilières, les notaires, commissaires-priseurs, courtiers de commerce, huissiers et greffiers ont des attributions communes, ils ont aussi, spécialement pour les ventes de marchandises, des attributions respectives) ; qu'ils ont mission, concurrem-

caractère des fonctions est le même. » (97) C'est ce que nous nions absolument : car, d'après cela, le caractère des notaires et des commissaires-priseurs, par exemple, serait identique. Qui ne voit de suite la fausseté d'un semblable raisonnement, quand on réfléchit que de ces deux sortes de personnes, appelées à procéder concurremment à certaines ventes publiques (98), les secondes dressent des procès-verbaux destitués du cachet spé-

---

ment avec les huissiers, de dresser les protêts, ce qu'ils ne font guère que dans le midi de la France. (*Rép.*, mot EFFETS DE COMMERCE, nos 740 et suiv. — Comp. note 79.) On peut ajouter qu'ils concourent aussi avec eux en ce qui concerne les actes d'offres réelles. (Argument, art. 1258, 7e, C. civ. La question, toutefois, paraît avoir fait difficulté. Voy. Aubry et Rau, t. 4, § 322, p. 193, note 4.) Ce ne sont pas d'ailleurs les seuls actes pour lesquels la compétence des notaires soit en concours avec celle d'autres fonctionnaires ou officiers publics; on peut encore mentionner, outre la reconnaissance des enfants naturels (voir Aubry et Rau, t. 6, § 568 *bis*, pp. 164 et suiv.), l'art. 79 du Code de commerce, aux termes duquel « Les courtiers d'assurances rédigent les contrats ou polices d'assurances, concurremment avec les notaires », en remarquant toutefois, qu'en fait, les notaires ne s'occupent de cela qu'à Marseille. (M. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, 1re éd., p. 390, et M. Rataud, à son cours, janvier 1875.) Il y a plus ; s'il résulte bien de l'art. 1er de la loi du 25 ventôse an XI que la compétence des notaires est générale de sa nature, elle peut cependant recevoir exception relativement à certains actes de la vie civile, pour la passation desquels la loi a désigné des *fonctionnaires* ou *officiers publics* d'un autre ordre, d'une manière spéciale et exclusive. (Voy., par exemple, pour l'adoption, la tutelle officieuse, l'émancipation, les art. 353, 363 et 377, 2e al., C. civ. Comp. Aubry et Rau, t. 8, § 755 — 2e a, p. 201, texte et note 10.)

Mais quel argument Dalloz espère-t-il tirer de ce concours, en faveur de sa doctrine ? Ce n'est point, en effet, un partage d'attributions qui peut modifier le caractère distinctif d'un titulaire ; et de même qu'il ne serait pas exact de dire qu'un notaire n'est pas un *fonctionnaire public*, parce que son ministère a, sous plusieurs points de vue, des attributions communes avec celui des *officiers ministériels* proprement dits, de même il ne le serait pas davantage de prétendre qu'un *officier ministériel* est un *fonctionnaire public*, parce qu'il partage certaines prérogatives qui ne sont pas exclusivement du domaine du *fonctionnaire public*, celle de conférer l'authenticité, par exemple.

Dalloz s'appuie encore sur ce que la jurisprudence applique aux notaires l'art. 60 du Code de pr. civ., relatif à la compétence pour le règlement des frais des *officiers ministériels*. (*Rép.*, mot COMPÉT. DES TRIB. CIV. D'ARROND., n° 159.) Mais, ainsi qu'il sera dit ci-dessous (note 116), cette jurisprudence, très-bien fondée, ne peut certainement pas autoriser à impliquer de ses arrêts que les notaires ne sont pas des *fonctionnaires publics*.

(97) *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 5.

(98) Ce sont les ventes publiques *volontaires*, en vertu de la loi des 5-11 juin 1851. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 3e série, année 1851, p. 70.) *Adde*, pour les ventes mobilières après décès, lorsqu'il n'y a pas de commissaire-priseur dans la localité, les décrets des 21-26 juillet 1790, art. 6; 17 sept. 1793; 14 juin 1813, art. 37; Circul. min., 4 mai 1835. (Demoly, t. I, n° 2565.)

cial d'authenticité emportant exécution parée, que la loi (99) reconnaît à ceux des premières (100)?

Il résulte du criterium que nous avons admis, et des observations

---

(99) Loi du 25 ventôse an XI, art. 19, 1er al., et art. 545 C. pr. civ.

(100) Sans doute, des arrêts ont décidé, comme nous le verrons (note 112 — XI observ. 6), que les commissaires-priseurs ont le droit de procéder aux ventes publiques de meubles, avec stipulation de terme, aussi bien qu'au comptant, et que les ventes à terme ne sont pas exclusivement dans les attributions des notaires. (Douai, 25 avril 1860, S. V. 61, 2, 121; req. rej., 6 août 1861, S. V. 61, 1, 682, et les notes qui accompagnent ces deux arrêts. *Sic :* Bioche, *Dict. de procédure*, mots COMMISS.-PRIS., n° 33, et VENTE DE MEUBLES AUX ENCHÈRES, n° 44 ; Dutruc, *Partage de succession*, n° 204. — Voir aussi, en ce qui concerne les greffiers : Caen, 24 juin 1847, S. V. 49, 2, 583.) Ce point a été très-vivement contesté en doctrine (voir Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, mot VENTE DE MEUBLES, n° 24) et en jurisprudence. (Paris, 25 avril 1830, S. V., C. N., 9, 2, 433 ; et 25 juin 1840, S. V. 49, 2, 581, *ad notam ;* Colmar, 27 mai 1837, S. V. 37, 2, 372 ; la Cour de Paris est revenue, depuis, sur sa première jurisprudence. Voir 5 juillet 1845, D. P. 45, 2, 176 ; S. V. 46, 2, 143. Et, tout en prenant soin d'écarter soigneusement le cas de fraude, elle a adopté celle de la Cour suprême, qui avait déjà affirmé sa doctrine dans un arrêt du 8 mars 1837, S. V. 37, 1, 181.) En ce qui touche spécialement les ventes publiques et volontaires de fruits et de récoltes, pendants par branches et par racines, et des coupes de bois taillis, la loi du 5 juin 1851 a, comme le rappelle d'ailleurs l'arrêt précité de Douai, investi du droit de les faire à terme, comme au comptant, les commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de justice de paix, concurremment avec les notaires. — Sans doute encore, il a été jugé de même à l'égard des huissiers, qu'ils ont le droit, dans les lieux où il n'existe pas de commissaires-priseurs (voir note 112, *loco supra cit.*), de procéder à ces sortes de ventes, avec stipulation de terme et de cautionnement. (Douai, 12 fév. 1862, S. V. 62, 2, 321, et les notes; civ. rej., 19 avril 1864, S. V. 64, 1, 286; Trib. de Pont-l'Evêque, 12 fév. 1867, S. V. 67, 2, 239. P. 1867, 844.) — Sans doute, enfin, on a pu conclure de ces données, que les procès-verbaux dressés par les huissiers, pour constater des ventes de cette nature, font foi de leur contenu, jusqu'à inscription de faux (Trib. de Pont-l'Evêque, jug. précité) ; et de là on a dû tirer cette conséquence logique et rationnelle, que le fait par un *officier public*, procédant à des enchères, d'avoir frauduleusement relaté dans son procès-verbal un prix d'adjudication inexact, constitue le crime de faux en écriture publique (C. pén., art. 146 ; — Crim. rej., 13 juin 1856, S. V. 57, 1, 75; crim. rej., 22 avril 1869, S. V. 71, 1, 166, et note 1) ; et de là on a pu tirer cette autre déduction, que le procès-verbal d'adjudication rédigé par un courtier, désigné par un tribunal pour procéder à une vente aux enchères publiques, étant un acte authentique, cet acte ne peut être attaqué que par la voie d'inscription de faux. (Lois du 28 mai 1858, du 3 juillet 1861, et du 23 mai 1863 ; — voir en ce sens Req. rej., 15 janv. 1873, S. V. 74, 1, 256, et note 3 ; et, en ce qui concerne les ventes publiques opérées par ministère d'huissier, jug. précité du trib. de Pont-l'Evêque.)

Mais tout cela n'infirme en rien la proposition émise au texte, à savoir que jamais l'exécution parée ne sera attachée qu'aux procès-verbaux émanés des notaires.

Nous n'ignorons pas que M. Dugabé, rapporteur de la loi du 18 juin 1843 sur le tarif des commissaires-priseurs, a dit, en parlant des notaires, qui se sentaient blessés de l'assimilation qui semblait leur enlever le caractère qui leur était propre : « Lorsqu'un notaire procède à une vente dévolue par la loi aux commissaires-priseurs,

qui le suivent, que la définition qu'il est juste de donner du *fonctionnaire* et de l'*officier public*, il ne conviendrait pas pour autant de l'adapter à l'*officier ministériel*, lequel, dès lors, ne se définira exactement que par antithèse. Dès là, en effet, que nous aurons dit :

---

il prend pour un instant le rôle et la place de ces *officiers ministériels ; ses procès-verbaux n'ont pas une valeur plus grande...* » C'est là une erreur manifeste, qu'il est permis peut-être à un rapporteur de commettre, mais qu'il est du devoir du jurisconsulte de signaler et de relever. (Voir S. V. 1852, 2, 504 *in fine* et suiv., et Devill. et Car., *Lois ann.*, t. 2, p. 754, et note 4, et p. suiv.)

Voir, à l'appui de notre affirmation, que les notaires sont des *fonctionnaires publics :* dans la Jurisprudence, le premier considérant d'un jugement correctionnel du 25 oct. 1816, rapporté dans S. V., C. N., 5, 1, 309, col. 2 ; le second considérant d'un arrêt de rejet de la Ch. crim. du 28 déc. 1816, S. V., C. N., 5, 1, 265, qui qualifie le notaire au moins d'*officier public;* la note 1 sous un arrêt de Paris du 6 janvier 1832, S. V. 32, 2, 149, qui le qualifie plus franchement de *fonctionnaire*, et surtout jugement trib. civ. de Rambouillet, du 13 juillet 1876, *Gaz. Trib.*, 15 janvier 1879, p. 45, coll. 2 et suiv. ; — dans la doctrine, outre l'autorité de M. Morin (*loc. cit.* et pp. 259 et suiv., texte et notes), Merlin, *Rép.*, mot NOTAIRE, § I-II et § II-I ; Dupin, *Manuel des Et. en dr.*, éd. 1835, *Vocab. des termes de droit*, mot NOTAIRE, p. 826 ; Noël, *op. cit.*, pp. 48, 113 et suiv.; Sir. Vill., C. N., 1re série, 4e vol., 1re partie, p. 56, note 1 ; Favier-Coulomb, *Législation du notariat*, p. 16, note 3; cet auteur fait remarquer, avec raison, que l'art. 1er de la loi de ventôse dit, en parlant des notaires : *Les fonctionnaires publics* « dans l'acception la plus étendue de ce mot, car ils ont l'exercice immédiat d'une portion de la puissance exécutoire » ; MM. Pradines, *Admission au Notariat*, chap. I, sect. V, 1, p. 4 ; Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 190; Aubry et Rau, t. 1, § 18, note 4, p. 32 ; t. 8, § 755, p. 201, 2° a; Colmet-Dâage, sur Boitard, *Leçons de procédure civile*, 12e éd., t. 1, § 65, p. 34, note; J. Ebor, *Essai sur les réformes judiciaires; les avoués;* Paris, 1877, p. 31, *in init.;* cet auteur, auquel nous aurions à reprocher bien des erreurs et dont nous sommes loin d'approuver toutes les doctrines, a d'ailleurs le tort de rattacher la qualité de *fonctionnaire public* au pouvoir de donner l'authenticité aux actes. Cette qualité résulte, nous le répétons, de l'exécution parée. — Voy. aussi décis. minist. du 17 juin 1833. (M. Demoly, t. 1, n° 2477.) — On ne rencontrera, dans aucun de ces auteurs, l'expression d'*officiers ministériels* appliquée aux notaires ; voilà pourquoi nous y renvoyons, lors bien que, dans plusieurs, se trouve la locution *officiers publics*, qui est à tort substituée par eux à celle dont se sert la loi. Même observation s'applique aux arrêts précités.

C'est par suite d'une erreur palpable que Dard (*op. cit.*, p. 134), qui appelle cependant bien aussi parfois les notaires des *fonctionnaires* (voir p. 89), et Dalloz (*Rép.*, mot NOTAIRE, n° 229), rangent Toullier au nombre des partisans de leur opinion, et citent tous deux les pages 265 et 266 du tome 7 de son ouvrage sur *Le Droit civil français*. En réalité, il est impossible de savoir quel a été son sentiment au sujet de la controverse qui nous intéresse ; car, après avoir écrit (t. 7 pp. 266, n° 201, 5e éd.), à propos de la question de savoir si des offres réelles peuvent être faites par les notaires : « ... Quant aux offres, notre art. 1258 veut qu'elles soient faites par des officiers *ministériels*. Cette expression nous paraît comprendre les notaires, qui sont les *officiers ministériels de la justice volontaire*, comme le sont les huissiers de la justice contentieuse. Les notaires confèrent aux actes le caractère d'authenticité et le droit d'exécution parée... », non content de s'être contredit à si courte distance et en

I. *Du fonctionnaire public :*

C'est l'homme qui, ainsi appelé par la loi, concourt d'une manière quelconque et dans une sphère plus ou moins élevée, à la gestion de la chose publique, — ou qui, même sans recevoir de traitement du Trésor, se trouve armé, par délégation du Chef de

---

aussi peu de temps, il combat sa propre doctrine au t. 8, p. 111, 4°, et spécialement n°s 66 et suiv., pp. 124 et suiv., même éd. — Comp., au t. 6, pp. 223 et suiv., les n°s 210 et suiv., texte et notes, où cet auteur est encore formel en notre sens.

Adde argument tiré de l'art. 971 du Code civil, qui qualifie précisément « *acte public* » le testament reçu par les notaires. Comp. art. 969 et 975 C. civ., et les art. 22, 23 et 42 de l'ordonnance de Versailles d'août 1735, qui qualifient les notaires de « *personnes publiques* », en cette même matière. (Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. 22, pp. 391 et suiv., et p. 395.) Joindre arrêt rej., 12 août 1835 (Dalloz, *Rép.*, mot DISCIPLINE JUDICIAIRE, n° 247, 3°), jugeant que les notaires, bien qu'investis de quelques attributions communes aux *officiers ministériels* (voir note 103, et notre n° 8, second intérêt), et, comme tels, placés sous la censure du garde des sceaux, ne sont cependant pas des *officiers ministériels* proprement dits, leurs fonctions étant en général incompatibles avec celles de ces officiers. — Voir encore, en notre sens, la note de la page 112 dans S. V. 64, 2 ; et comp. M. Labbé, dans les observations, *in fine*, dont il a fait suivre un arrêt de cassation du 29 décembre 1875 (S. V. 76, 1, 401. Joindre *id.*, sous civ. cass., 7 janv. 1879, S. V. 79, 1, 241) ; de même, enfin, dans son discours de rentrée : « *De la Réforme du Notariat* », M. l'avocat général Tappie, à l'audience solennelle du 3 novembre 1877 de la Cour d'appel de Chambéry, après avoir constaté, *in initio*, que le notariat est une sorte de magistrature, a tiré la conséquence logique de cette idée, en qualifiant à deux reprises différentes les notaires d'*officiers publics* (*fonctionnaires publics* aurait été techniquement bien préférable. — *Gaz. des Trib.* des 19-20 nov. 1877, p. 1115, col. 3, et p. 1116, coll. 1 et 2.) — Comp. de même M. Nigon de Berty, dans le *Journal de l'institut historique* (depuis *Société des Etudes historiques*), t. 11, pp. 85 et suiv., Paris 1839-1840 et 1841 (t. 1, 2me série), p. 103. Mais, en le citant en notre faveur, nous sommes loin de souscrire à toutes les appréciations de cet auteur.

Contra : Carré, Quest. 2783 ; Favard, mot OFF. MIN.; Dard, *op. cit.*, pp. 134 et 470 ; Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. 1, p. 583 ; et encore se rend-il coupable d'une contradiction formelle (p. 615), qui aurait dû logiquement l'amener à se rétracter en notre faveur. Nous adresserons à Dard un reproche identique. Ces deux auteurs semblent avoir pris tout particulièrement à tâche, pour appuyer leur opinion, de souligner les arguments qui leur sont contraires, et cela dans des termes que n'auraient pas mieux choisis leurs adversaires. Même critique enfin à adresser aux expressions employées par un jugement du tribunal de Limoux du 6 avril 1843, qui, dans son second considérant, appelle les huissiers, les notaires et les greffiers, des *officiers ministériels*, et les confond, immédiatement après, sous la désignation commune et trop extensive de *fonctionnaires*. (S. V. 1854, 1, 759.) Comp. aussi la note 1 dans S. V. 48, 2, 644, et la discussion qui précède un jugement du tribunal de Tours, du 1er juillet 1852, discussion fertile en contradictions, en ce qui concerne le point spécial dont nous nous occupons, et le jugement précité lui-même. (S. V. 1852, 2, 503 et suiv.) — Quelques personnes, se fondant sur ce que le ministère des notaires est forcé (il y a au moins en ceci exagération), estiment qu'ils sont *officiers ministériels*. C'est en se plaçant à ce dernier point de vue, que le tribunal de Montauban a jugé, le 12 février 1838, que le ministère public a le droit d'exercer son investi-

l'Etat, d'une portion quelconque de l'autorité souveraine, à charge par lui de prêter son assistance à toute réquisition légale (Comp. notes 68 et 80) ;

II. *De l'officier public* :

C'est un délégué du Chef de l'Etat, dont le ministère, défini par les lois et souvent rendu obligatoire par elles (101), est public ; ou qui, sans avoir reçu de la loi le titre de *fonctionnaire public*, partage certaines de ses attributions, lors bien qu'il n'exercerait son emploi qu'en vue d'intérêts purement privés, et est parfois armé (le greffier, par exemple) d'une portion de la Puissance publique, à charge par lui de prêter son aide aux magistrats ou aux particuliers, s'il en est légalement requis (102);

Nous aurons, par *à contrario*, donné la définition exacte :

III. *De l'officier ministériel*, duquel on ne saurait dire autre chose que ceci :

---

gation sur ces *officiers ministériels*, en vertu de l'art. 45 de la loi du 20 avril 1810. (Voir Dalloz, *Rép.*, mots DISCIPLINE JUDICIAIRE, n° 246, et MINISTÈRE PUBLIC, n° 234.) Enfin, on peut encore citer M. Dufour (*Traité général de droit administratif*, 3me éd., t. I, n° 79, p. 75), comme attribuant aux notaires le caractère d'*officiers ministériels*.

Dès avant l'année 1633, et depuis l'époque où les notaires ont été investis du droit de recevoir les actes passés entre les particuliers et de leur donner la forme authentique, tous autres *officiers publics*, et *à fortiori ministériels*, sont sans caractère pour cet objet. (Voy. application curieuse, Cass. rej., 27 janv. 1825; S. V., C. N., 8, 1, 29 ; D. P. 25, 1, 126.) — Comp. art. 1317 et 1319 C. civ.

(101) *Lato sensu* ; car il est évident que, *stricto sensu*, il peut être faux, sous certains rapports, d'employer le mot *souvent*, et indispensable de lui substituer l'adverbe *toujours*. Une observation analogue doit être faite en ce qui concerne le *fonctionnaire public*. Ainsi, par exemple, il va de soi que le concours d'un *officier* ou d'un *fonctionnaire public* constitue une obligation toujours et absolument stricte, soit pour conférer à un acte le caractère d'authenticité, soit pour le revêtir de la formule exécutoire, etc., etc. (Comp. art. 931, 1394, 1er al., 2127 du C. civ., 173 du C. de com., etc.) Il en serait de même parfois au sujet des *officiers ministériels* ; c'est ainsi, notamment, que le ministère des avocats près la Cour de cassation est *toujours* forcé pour les parties qui veulent se pourvoir en cassation. (Loi des 27 nov.-1er déc. 1790, et Circ. min. du 21 janv. 1792. M. Demoly, t. I, n° 16.) Pareillement, le ministère des avoués est obligatoirement imposé à la partie qui agit en justice devant les tribunaux et les cours d'appel ; le ministère des agents de change pour la négociation des effets publics, etc., etc.

(102) Ce dernier membre de phrase s'appliquerait de même, comme nous l'avons vu, aux *fonctionnaires publics*. (Voir définition I, et, spécialement pour les notaires, loi des 29 sept.-6 oct. 1791, tit. I, sect. II, art. 6 ; Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 173. Comp. loi du 25 ventôse an XI, art. 3.)

C'est un délégué du Chef de l'Etat, qui n'a aucune part à l'exercice de l'autorité publique, et dont le ministère (103), purement privé (104), défini par les lois et souvent rendu obligatoire par elles (105), doit toujours être prêté aux magistrats ou aux particuliers, sous l'unique condition d'en être dûment et régulièrement requis (106).

---

(103) Voilà, selon nous, l'une des deux raisons pour lesquelles ces officiers ont reçu la qualification de *ministériels :* c'est qu'ils prêtent leur *ministère.* Cette explication n'est que superficielle au point de vue de la raison, et, pour peu qu'on la creuse et qu'on aille au fond des choses, on ne tarde pas à en apercevoir l'inanité scientifique. (Voy. ci-dessus, notre n° 4.) Comp. Carré, *op. et loc. citt.*, t. 2, p. 360, texte et note 2. « Ils ont tous le titre et la qualité d'*officiers ministériels*, expression *générique* par laquelle on désigne tout officier institué par le roi pour prêter aux magistrats et aux parties un *ministère* réglé par la loi, et qu'ils ne peuvent refuser d'exercer quand ils en sont légalement requis. » Et dans la note 2, on lit : « Ce terme *ministériel* n'a pas de signification bien précise ; il exprime, suivant le Dictionnaire de Boiste, *ce qui est propre à un ministère, ce qui lui appartient.* En ce sens, le seul que nous ayons trouvé dans nos dictionnaires, les officiers dont nous parlons sont qualifiés par ce mot parce qu'ils sont institués nécessairement pour le *ministère*, c'est-à-dire pour le service de la justice. » — Le second motif, qui ne vaut pas mieux rationnellement, est un motif de commodité. Ce qui a contribué, dans la pratique (Voir, par ex., *Gaz. Trib.*, 21 mars 1879, p. 271, col. 1, *in initio*), à confondre les diverses personnes qui se trouvent désignées et énumérées dans l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, sous la dénomination unique d'*officiers ministériels*, c'est que ce procédé fournit un moyen facile de les différencier de la très-grande généralité des fonctionnaires proprement dits, desquels ils se séparent sous plus d'un rapport important (nous entendons par là, de ceux des fonctionnaires qui ne jouissent d'aucune des prérogatives des *officiers ministériels*, et auxquels s'applique le mot *generaliter* spécifié p. 43 *in fine*, au texte et à la note 79) : notamment, ils ont le droit de présenter leurs successeurs ; ils sont soumis à l'impôt de la patente (Comp. Poitiers, 27 janv. 1880, *Gazet. Trib.* du 5 févr., p. 118, col. 1), et sont reconnus aptes à remplir les fonctions de jurés. (Dalloz, *Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 6.) Aussi estimons-nous qu'il n'y a aucun argument à tirer contre notre manière de voir, relativement aux notaires, de la rubrique du § 2 du tit. IX de la loi du 28 avril 1816, en ce que cette rubrique prend beaucoup moins les mots *officiers ministériels* dans un sens technique, que *brevitatis et commodi causa.* Cette observation est en outre corroborée par le 3e alin. de l'art. 91, qui considère formellement les notaires comme des *fonctionnaires.* (Comp. toutefois note 116, *in initio.*)

(104) C'est sous ces divers rapports qu'ils se distinguent des *fonctionnaires publics.* (Comp. notes 68 et 80 ; et Dalloz, *Rép.*, mots FONCTION. PUB., n°s 54 et 141, et OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 2.)

(105) Voyez l'observation présentée à la note 101.

(106) Voyez les conclusions de M. l'avocat général Desjardins, qui précèdent l'arrêt de cassation du 7 janvier 1879. (*Gaz. Trib.*, 15 janv., p. 45, col 4.)

Quelle sera, en cas de refus de la part de ceux que la pratique désigne sous le nom général d'*officiers ministériels*, la voie à prendre pour triompher de leur résistance indue ? Nous croyons pouvoir répondre, à cet égard, de la manière suivante : Lorsqu'un *officier ministériel* refuse, sans motif légitime, de prêter son ministère aux actes

De l'ensemble de ces définitions, tirons cette conséquence, qui apparaîtra manifeste : c'est que certaines fonctions, charges ou emplois publics, à raison des attributions diverses qui y sont attachées, présentent un caractère mixte. Nous y avons déjà fait allusion en notre note 79. Or nous retrouvons ici la portée de l'observation qu'elle renferme, en ce qui touche les greffiers. La

---

pour lesquels il est requis, c'est à la Chambre de discipline qu'il convient de s'adresser tout d'abord. On pourrait aussi obtenir contre lui une injonction du juge, au bas d'une simple requête; et l'art. 507 du C. de pr. civ. nous paraît fournir un argument, pour décider que l'officier serait tenu de satisfaire à une pareille injonction, à peine non seulement de tous dépens et dommages-intérêts, mais même d'interdiction. « Il arrive... quelquefois », dit à ce sujet Merlin (*Rép.*, mot DÉNI DE JUSTICE, n° VIII), « qu'aucun huissier ne veut prêter son ministère pour des opérations qui intéressent des personnes en place : on peut obtenir de même contre ces officiers une ordonnance d'injonction ; et si, après avoir présenté à l'un d'eux cette ordonnance en présence de témoins, il persiste dans son refus, c'est le cas de rendre plainte contre lui. On est même autorisé à le faire sans qu'il y ait eu d'injonction, dans les cas où les ordonnances elles-mêmes enjoignent formellement aux huissiers de se prêter aux simples réquisitions qui leur sont faites. » Telle serait précisément l'hypothèse où il s'agirait de faire des sommations à un juge sur un déni de justice. En pareil cas, l'art. 507 du C. de pr. civ., reproduisant en cela la disposition formelle de l'ordonnance d'avril 1667, sur la réformation..., titre XXV, art. 2, prononce la peine d'interdiction contre tout huissier qui refusera de signifier sans retard ces réquisitions. Cette disposition s'explique aisément, pour peu que l'on réfléchisse que, s'il fallait ici une injonction particulière de la part du juge, elle serait tout aussi difficile à obtenir que la justice qu'on a en vain sollicitée de lui et qu'on attend. (Voir, sur ce point, Merlin, *Rép.*, *loc. cit.* ; Dalloz, *Rép.*, mot DÉNI DE JUSTICE, n° 27 ; Boitard et Colmet-Dâage, *op. cit.*, 11e éd., t. 2, p. 125, art. 507.) — Au reste, le refus de la part d'un *officier ministériel* de prêter son ministère, ne procèdera pas toujours du mauvais vouloir. Loin de là; des circonstances d'un ordre supérieur se chargeront parfois de l'expliquer. Ainsi nul ne songera à incriminer la conduite d'un notaire qui, sans parti pris, refusera de notifier un acte respectueux sur une requête souvent inconsidérée, et à propos d'un refus de consentement, dont lui-même aura pesé et apprécié les motifs. — Or, il pourra être contraint de le faire, par suite d'injonctions émanées de ceux-là mêmes qui, dans leur for intérieur, lui donneront leur approbation.

Les explications données au texte rendent suffisamment compte, par elles-mêmes, des raisons pour lesquelles nous préférons à toutes autres la définition qui y est relatée, pour que tout nouveau commentaire sur ce point devienne dès maintenant superflu. En voici notamment trois autres, dont on comprendra facilement le rejet par nous, comme étant toutes trop élastiques et comme pouvant amener de la confusion dans l'esprit. « Il paraît », dit Toullier (t. 7, p. 265, VII, 5e éd.), « qu'il faut entendre par officiers *ministériels*, en général, les *fonctionnaires publics* qui sont les ministres inférieurs de la loi, ceux dont on est forcé d'employer le ministère pour certains cas, et qui ne peuvent eux-mêmes le refuser. » — « Le titre d'officier ministériel », dit à son tour Carré (*Organisation et Compétence*, tit. III, chap. I, art. 108 ; t. 2, p. 361), « appartient à tout officier que la loi oblige à prêter son ministère aux juges et aux parties toutes les fois qu'il en est légalement requis. » — « On appelle ainsi » (*officiers ministériels*), dit enfin Boitard (*Leçons de proc. civ.*, 12e éd., t. I, p. 34, n° 65), « cer-

même question, que nous venons de voir agitée au regard des notaires, s'est, en effet, présentée au sujet de ces autres titulaires. En thèse générale, les greffiers ont plutôt, d'après nous, le caractère de *fonctionnaires publics* (107), sans que nous puissions toutefois

---

tains agents institués par la loi pour prêter aux magistrats et aux particuliers un ministère défini par les lois et qu'ils ne peuvent refuser quand ils en sont légalement requis. » (*Adde* : Dupin, *Manuel des étud. en dr.* ; *Voc. des termes de dr.*, éd. 1835, mot OFF. MIN., p. 827 ; Boncenne, *Théorie de la pr. civ.*, t. 1, p. 583 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, mot OFF. MIN., *in initio*.)

(107) Quoique cela ait été contesté. (Voyez Foucher sur Carré, *op. cit.*, t. 2, pp. 361 et suiv., note a. — Comp. Carnot, *De la discipl. jud.*, p. 52.) Mais notre opinion, défendue d'ailleurs par d'imposantes autorités, ne nous semble pas discutable, au moins en tant qu'il s'agit de celles des fonctions que les greffiers remplissent près des tribunaux auxquels ils sont attachés ; et remarquons qu'ils n'ont pas d'autres attributions (celle de vendre des meubles, par exemple) auprès des juridictions supérieures à la justice de paix. Car, à la différence des avoués, avec lesquels on ne saurait les confondre sans inexactitude, puisque ces derniers ne reçoivent aucun traitement et ne s'occupent que d'un genre déterminé d'affaires, ils exercent bien un emploi public salarié ; et, qui mieux est, à titre de membres complémentaires des tribunaux, ils leur appartiennent plus intimement que les avoués, puisqu'il est incontestable qu'ils font, on peut le dire, partie de l'ordre judiciaire. — Bacon appelait le greffier le doigt de la Cour : « *Digitus curiæ egregius.* » (Voy. Dupin, *op. cit.*, mot GREFFIER, p. 812, et *De off. jud. e Baconii sermon. excerpt.*, p. 269) ; et un arrêt de Douai, du 17 août 1877 (S. V. 78, 2, 229, et note 1), a reconnu formellement, qu'aux termes des articles ci-dessous indiqués des décrets de 1808 et 1810, le greffier fait partie intégrante du tribunal ; d'où il a tiré cette conséquence, que la décision, dans laquelle la même personne conclut comme partie et instrumente comme greffier, se trouve viciée de nullité. (*Sic* : Paris, 19 avril 1864, S. V. 64, 2, 196. *Contra* : Rennes, 3 janv. 1818, P. chr.; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, Quest. 591 ; Bioche, *Dict. proc.*, 3e éd., mots GREFFIER, n° 67, et JUGEMENT, n° 328.) Quoi qu'il en soit de cette question, on peut dire avec vérité que, de fait, les greffiers participent de beaucoup plus près que les *officiers* dits *ministériels*, à l'action de la justice. (Dall., *Rép.* mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 14.) Les greffiers sont, on peut l'affirmer, indispensables à l'administration de la justice ; c'est pourquoi on les rencontre partout, et même devant les conseils de guerre. (Voy. note 205.) Voir décret en forme d'instruction des 29 sept.-21 oct. 1791 ; Constitution de l'an III, art. 216, 234 et 245 ; Code du 3 brumaire an IV, art. 266 ; loi du 20 avril 1810, art. 63. Des termes de cet article, ainsi que de ceux des décrets du 28 septembre 1807, art. 57, du 6 juillet 1810, art. 36, et du 18 août de la même année, art. 28, qui comprennent les greffiers et les commis-greffiers assermentés dans la nomenclature des membres des Cours et Tribunaux de première instance, il résulte, avec évidence, que les greffiers sont comptés parmi les membres des Cours (et par là nous entendons les Cours d'appel, de cassation et des comptes) et des Tribunaux de première instance et de justice de paix, auxquels les fonctions de maire et d'adjoint sont interdites. La question, bien qu'ayant donné lieu à controverse, ne saurait être tranchée en un autre sens, lorsqu'on examine la discussion à la Chambre des députés (Séance du 4 février 1831, *Moniteur* du 6, p. 251), d'où il appert que l'intention du législateur a été d'appliquer aux greffiers des Cours, des Tribunaux civils et des Justices de paix, l'incompatibilité dont il s'agit. (Voy. circ. minist. des 18 sept. 1831, et 6 juin 1843 ; comp. les art. 6 et 7

leur donner d'autre titre que celui d'*officiers publics* (*stricto sensu*), la loi ne leur conférant nulle part celui de *fonctionnaires* (108);

---

de la loi du 21 mars 1831; Devill. et Car., *Lois ann.*, 2e série, p. 19; M. Bost, 1, 226; Dall., *Rép.*, mot COMMUNE, n° 214, note 1, et lettre *b* de cette note.) Joindre ordonn. du 3 mars 1815; loi du 12 mai 1793, art. 3; arrêtés des 23 brumaire an IV, 14 prairial an V, 2 nivôse an XI; décret du 12 nov. 1806. (Dall., *Rép.*, mots GREFFE — GREFFIER, n° 36, et COMMUNE, n° 224.) — Voy., sur ce point: Domat, *Le droit public*, liv. II, titre V, sect. I, p. 177; décret du 30 mars 1808, art. 91; décret du 18 août 1810, art. 25; crim. cass., 1er déc. 1855, D. P. 56, 1, 143. — Comp. Dalloz, *Rép.*, mot ORGAN. JUD., nos 143, 457, 553 et 679.

C'est même à raison du caractère judiciaire de leurs fonctions, que les greffiers *peuvent*, d'après certains auteurs, se dispenser du service des jurys, et qu'ils pouvaient, avant la loi du 25 août 1871, se dispenser de celui de la garde nationale, en vertu de l'art. 15, 3e, de la loi du 13 juin 1851. (*Adde :* lettre ministérielle du 11 septembre 1813, et décision du 9 juillet 1831; Demoly, *op. cit.*, nos 905 et 2367. Voy. Dalloz, *Rép.*, mot GARDE NAT., nos 88 et 91.) En notre sens : Boncenne, *op. cit.*, t. I, p. 599; Morin, *op. cit.*, t. I, liv. I, chap. III; et liv. II, p. 97, note 1 précitée; Dalloz, *Rép.*, mots DISCIPLINE JUD., n° 238; GREFFIER, nos 37 et 128; OFF. PUB. — OFF. MINIST., nos 6 et 14, *in fine;* M. Colmet-Dâage, *op. et loc. citt.* — *Contra :* Favard, *Rép.*, mot DISCIPLINE, et arrêt de la Cour de Poitiers, 28 avril 1842. (Voy. Dall., *Rép.*, mot GREFFIER, n° 36.)

Ce qui a entraîné la pratique à donner aux greffiers la dénomination d'*officiers ministériels*, ce sont toujours les trois mêmes raisons (indiquées en notre note 103), pour lesquelles on attribue cette qualification unique à toutes les personnes *in globo*, qui jouissent du droit de présentation, qui sont soumises à la patente, et sont aptes à remplir les fonctions de jurés. Or, c'est précisément ce qui a lieu au sujet des greffiers, sauf incapacité relative pour le cas où le greffier aurait tenu la plume dans a même affaire. (Voir crim. cass., 13 août 1868, S. V. 69, 1, 332, et note 1; et, Devill. et Car., *Lois ann.*, 7e série, p. 302, note 33. — Consulter aussi : Dalloz, *Rép.*, mots GREFFIER, n° 116, et OFFICE, n° 53; PATENTE, nos 174, 221 et suiv.; INST. CRIM., n° 1442; OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 6.)

(108) Voir définitions I et II, pp. 58 et 59. Comp. la note précédente. La loi, toutefois semble bien ne pas les considérer comme *officiers ministériels* proprement dits. (Voy. art. 2, 7e, cité note 91, de la loi du 21 novembre 1872.) — Nous ne pouvons, d'après cela, nous ranger à l'opinion exprimée par M. Varambon, au sujet du greffier en chef de la Cour de cassation, dans un rapport que nous citerons dans la note suivante. Non, ce n'est pas, comme le dit le Rapporteur du budget de 1878, un *officier ministériel* proprement dit, sauf au point de vue restreint de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816; non encore, ce n'est pas un *fonctionnaire public* proprement dit, car aucune loi ne le qualifie tel (voir p. 58, définition I); et le fait de ne rien recevoir en dehors de son traitement n'est pas plus un criterium suffisant pour constituer le *fonctionnaire*, que le fait inverse n'en n'est un, pour constituer l'*officier ministériel*, puisque le notaire qui, lui, est un *fonctionnaire public*, ne reçoit cependant que des honoraires provenant de sa clientèle, et pas le moindre traitement de l'Etat.

Nous croyons trouver une confirmation de notre doctrine dans un récent arrêt de la Cour de cassation, et nous pensons que, pour elle comme pour nous, il n'y a d'autres *fonctionnaires publics* que ceux auxquels la loi en confère le titre, et à la condition que le caractère de leur charge, et la nature de leurs fonctions, lui permettent de le leur assigner. L'arrêt, auquel nous venons de faire allusion, décide que la qualité d'huissier près la justice de paix d'un canton ne donne par elle-même, et en l'absence

mais il se peut très-bien faire qu'ils se transforment, selon les hypothèses, comme les notaires eux-mêmes, en *officiers publics* (*lato sensu*), ou *ministériels*. C'est ce qui se présentera, pour peu que l'on suppose, comme c'est le cas pour les greffiers de justice de paix (109), un de ces officiers ayant à procéder à des prisées ou à des ventes publiques de meubles (110), concurremment avec les notaires, les huissiers ou les commissaires-priseurs (111).

---

de toute constatation de résidence, aucun droit à l'inscription sur la liste électorale d'une commune de ce canton ; car si l'art. 5, 6°, de la loi du 7 juillet 1874 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 7e série, pp. 566 et 568, *in initio*) déclare qu'il y a lieu d'inscrire sur la liste des électeurs municipaux, les citoyens qui sont assujettis à une résidence obligatoire dans la commune en qualité de *fonctionnaires publics*, il est évident que cette qualification ne saurait juridiquement être appliquée à un huissier qui, à proprement parler, est un *officier ministériel* et non un *fonctionnaire public*. (Civ. cass., 6 mai 1878, S. V. 1878, 1, 472, 2e espèce, et note 4.)

(109) Les greffiers des justices de paix sont à la fois des *officiers publics* (*stricto sensu*) et des *officiers ministériels*. (Voyez discours de M. Raymond Bastid, dans la séance du 22 juin 1875, *Journal officiel* du 23, p. 4537, 3e col., et Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 122, note 5, col. 3.) Selon nous, M. Bastid commet une erreur, en donnant à ces greffiers le titre de *fonctionnaires publics*. (Comp. note précédente.) Il a tort de penser que l'émargement au bugdet suffise, à lui seul, pour faire attribuer cette qualité.

Il en est de même du *Greffier en chef de la Cour de cassation*. «... La position du greffier n'est pas régulière », a dit M. Varambon, dans le Rapport qu'il a fait, en 1877, au nom de la Commission du budget, sur les dépenses du ministère de la justice, rapport sur lequel nous aurons à revenir ultérieurement. (Voir note 205.) « Il peut être considéré comme *officier ministériel*, car sa charge est actuellement vénale (comp. notre note 103), et cependant il peut être regardé comme un *fonctionnaire* (nous faisons les mêmes critiques que ci-dessus), puisqu'il ne perçoit aucun émolument, en dehors de son traitement et que tout ce qu'il touche des droits de greffe est versé dans les caisses du Trésor. » (Voir *Gaz. Trib.*, 4 mai 1877, p. 429, col. 1, et *Gaz. Trib.*, 31 déc. 1877 — 1er janv. 1878, p. 1, col. 1.)

(110) Un décret du 29 mars 1879, dans le but de rendre efficace la surveillance des magistrats, décide, art. 1er, que les greffiers de justice de paix qui ont qualité pour procéder aux ventes publiques d'objets mobiliers, devront tenir un registre visé et paraphé par le juge de paix ou son suppléant ; et, art. 2, que, dans les dix premiers jours de chaque trimestre, le greffier devra dresser un état indicatif des ventes auxquelles il aura procédé pendant le trimestre écoulé. (*Gaz. Trib.*, 6 avril 1879, p. 340, col. 4.)

(111) Voir une application dans la *Gazette des Tribunaux* du 24 avril 1878, p. 395, col. 2, Trib. civil de Chartres. — Lois du 26 juillet 1790 ; du 28 avril 1816, art. 89 ; des 5-12 juillet 1851, art. 1. (Dall., *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 6 ; GREFFIERS, nos 109 et suiv. ; VENTE PUB. DE MEUB., nos 42 et suiv. ; VENTE PUB. DE RÉCOLTES, n° 18. — Comparez, au surplus, la note suivante, XI.)

8°. — *Intérêts pratiques de notre distinction.*

Quels sont donc, cela dit, les intérêts qui s'attachent à la division tripartite sur laquelle nous venons d'insister? Bien que, dans le plus grand nombre des cas, il n'y ait aucun intérêt à distinguer les personnes que la pratique désigne sous le nom collectif d'*officiers ministériels*, des autres *officiers publics*, ou des *fonctionnaires publics* (112), cependant, et ce sera pour nous

(112) Dalloz, *Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 3. — C'est ce qui apparaîtra visiblement par l'énoncé des règles suivantes, qui ont été ou sont encore également applicables à un grand nombre de *fonctionnaires publics*, ainsi qu'à toutes les classes d'*officiers publics*, y compris les *officiers ministériels*.

I. Avant le décret du Gouvernement de la Défense nationale du 5 septembre 1870, complété par celui du 11 du même mois, relatif au serment professionnel des nouveaux fonctionnaires publics (comp. aussi le décret du 13 octobre 1870), ils étaient soumis, lors de leur entrée en fonctions, à la prestation du serment politique, indépendamment de la prestation du serment professionnel imposé à quelques-uns d'entre eux. (Voy., sur ce point, loi du 30 août 1830, art. 1, Tripier, sous l'art. 196 du C. pén., note 1, et décret du 5 avril 1852; comp., sur le serment, l'art. 196 du C. pén. — Voy., d'ailleurs, sur la matière, la table générale de Devill. et Gilbert, et les tables décennales, à ce mot; Dalloz, *Rép.*, mot SERMENT, n°s 45 et suiv., ainsi que les deux tables générales du *Recueil des arrêts*, et les nombreux actes ministériels auxquels renvoie M. Demoly dans sa table alphab., analyt. et raisonnée, à ce mot, t. 2, p. 513.)

II. L'art. 839 C. pr. civ. les astreint à représenter les minutes dont ils sont détenteurs, toutes les fois que cette présentation est régulièrement ordonnée, et ce, sous peine, avant la loi du 22 juillet 1867, d'y être contraints par corps. (Voir Dall., *Rép.*, mot CONT. PAR CORPS, n°s 212 et suiv., 216 et suiv.) Mais la voie du compulsoire n'est ouverte à leur égard que relativement à ceux des actes par eux reçus en qualité d'*officiers publics* (*lato sensu*), ou de *fonctionnaires publics*, et contenus, par ce motif, dans les dépôts dont ils ont la garde. (Art. 846 et suiv. C. pr. civ.; loi du 25 ventôse an XI, art. 24, etc.; Comp. Dall., *Rép.*, mot COMPULSOIRE, n° 9.)

III. Ils sont tenus de communiquer aux préposés de l'enregistrement les actes renfermés dans leurs dépôts. (Loi du 22 frimaire an VII, art. 54; arrêté du 4 messidor an XIII, et loi du 15 mai 1818, art. 82; Dall., *Rép.*, mot ARCHIVES, n° 72, et Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 483 et note 10.) Ils sont de plus obligés de tenir un répertoire pour l'inscription de ces actes (Dall., *Rép.*, mot ENREGISTREMENT, n°s 5268 et suiv.), répertoire dont ils doivent aussi leur donner la communication, sans difficulté, et qu'ils sont obligés de leur exhiber à toute réquisition. — Voy., d'une manière générale, pour les notaires, les greffiers, les huissiers, les secrétaires des admin. centrales et municipales : Lois 19 déc. 1790, art. 14 (MM. Vuatrin et Batbie, p. 486); 14 mars 1793; 22 frimaire an VII, art. 49 à 53 incl. (*iid.*, pp. 531 et suiv.); décision minist. du 12 thermidor an XII; et, d'une façon spéciale, pour les notaires: loi du 25 ventôse an XI, art. 29 et 30; pour les huissiers : décret du 14 juin 1813,

le moyen de présenter quelques indications spéciales aux

---

art. 46 et 47 ; pour les greffiers des trib. de comm. : décision minist. du 14 déc. 1813 ; pour les commissaires-priseurs : ordonn. 26 juin 1816, art. 13. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 959.) — Notons enfin le 1er alinéa de l'art. 11 de la loi du 16 juin 1824, aux termes duquel : « Les dispositions des lois relatives à la tenue et au dépôt des répertoires sont applicables aux commissaires-priseurs et aux courtiers de commerce, mais seulement pour les procès-verbaux de ventes de meubles et de marchandises, et pour les actes faits en conséquence de ces ventes. » (Devill. et Car., *op. cit.*, t. 1, p. 1108.) Voy. aussi, pour les actes dont il doit être tenu répertoire sur timbre dans les préfectures, s.-préf. et mairies, la loi du 15 mai 1818, art. 78 et 82. (Comp., sur tout ceci, Dall., *Rép.*, mot ENREGISTREMENT, nos 5268 et suiv., et Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 483, notes 5 à 9 incl.) — Ajoutons que les notaires, à qui l'obligation de tenir des répertoires avait été imposée antérieurement à l'établissement du contrôle, « comme un moyen », dit Guyot (mot RÉPERTOIRE), « d'empêcher les antidates et de prévenir la soustraction des actes », doivent, à peine de l'amende prononcée par les art. 49 et 50 de la loi du 22 frimaire an VII, inscrire jour par jour, sur leur répertoire, les actes qu'ils reçoivent, ceux-ci n'eussent-ils pas été préalablement enregistrés. L'art. 69 de la loi du 25 ventôse an XI n'a pas dispensé les notaires de cette obligation. (Cass. 5 fév. 1811, S. V., C. N., 3, 1, 289. *Sic* Merlin, *Rép.*, mot RÉPERTOIRE, § 5, no 3.)

Il résulte, de plus, d'une circ. du minist. de la justice, du 6 vendémiaire an XIII (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 689 ; voir aussi M. Demoly, t. 1, no 481, et S. V. 5, 2, 92), que les notaires doivent inscrire sur leur répertoire, avant la mort du testateur, les testaments qu'ils reçoivent ; un arrêt de la Cour de cassation, du 19 déc. 1808 (S. V., C. N., 2, 1, 613), s'est prononcé dans le même sens. Mais les notaires ne sont pas tenus de porter sur leur répertoire, ni de faire enregistrer les actes non revêtus de leur signature, faute d'avoir reçu des parties le montant des droits d'enregistrement, bien que ces actes soient signés par les parties et les témoins. (Loi du 22 frimaire an VII, art. 33 et 49 ; arr. rej. cass. Bruxelles, 2 avril 1833, S. V. 34, 2, 109. Comp. MM. Championnière et Rigaud, *Droits d'enregistrement*, t. 4, no 3935.) Et il faudrait en dire autant des actes demeurés imparfaits pour défaut de signature soit du notaire en second, soit des témoins, bien que ces actes soient signés par la partie et par le notaire qui instrumente pour elle. (Voir sect. civ. rej. 2 nov. 1807, S. V., C. A., 8, 1, 33 ; C. N., 2, 1, 446 et note 1 ; arr. rej. 23 mars 1834, S. V. 34, 1, 197. Comp. Merlin, *Rép.*, mot NOTAIRE, § V, no 7 ; Favard, mot NOTAIRE, sect. 7, no 6. — *Adde :* arr. 27 août 1806, S. V., C. N., 2, 1, 282, et 23 janv. 1809. Dans l'espèce de ce dernier arrêt, l'acte avait été porté au répertoire du notaire.) — Il convient d'observer que l'acte, quoique non signé du notaire, peut valoir comme acte sous-seing privé, s'il est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes (Voir art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, et art. 1318 C. civ. ; Merlin, *Rép.*, mot NOTAIRE, § VII — 1.) ; et, dans ce cas, il peut autoriser la poursuite de la régie. (Voir MM. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. 1, nos 153 et suiv.) — D'après l'art. 16, tit. III, de la loi des 29 sept.-6 oct. 1791, le dépôt d'un double certifié par les notaires du répertoire des actes reçus dans le cours de l'année précédente, a dû, à peine d'amende, être effectué par eux dans les deux premiers mois de chaque année, au greffe du trib. civ. de leur immatriculation, à partir du 1er janvier 1793. (Voir, sur ce dépôt, loi du 16 floréal an IV, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 389 ; circ. min. du 13 messidor an IV et du 8 brumaire an XII, M. Demoly, t. 1, no 145 et la note 1, et no 447 et la note 1 ; lettres minist. du 3 prairial an XI et du 9 sept. 1806, d'où il résulte que les notaires n'ont point été dispensés, par le silence de l'art. 30 de la loi du 25 ventôse an XI, de l'obligation de ce dépôt

officiers ministériels, comme aussi l'occasion de mentionner

---

annuel ; Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 389, note 3, et Demoly, t. 1, nos 429 et 552 ; voir *infra*, pour ce dernier document ; décision min. des fin., 12 nov. 1817, d'après laquelle « c'est le notaire successeur qui doit faire le dépôt du répertoire du notaire démissionnaire. » Demoly, n° 1215 ; circ. min. 31 mai 1820, *id.*, n° 1420 ; décis. min. 17 déc. 1865, d'après laquelle le livre ou registre des recettes de l'étude d'un notaire est entièrement différent du répertoire déposé au greffe et ne peut y suppléer ; *id.*, t. 2, n° 4195.) Un acte du dépôt annuel du double du répertoire doit être rédigé par le greffier du tribunal, sur un registre particulier. (Circ. min. du 27 juin 1808. C'est en vertu de cette circulaire que la Cour suprême a décidé que ce dépôt ne peut être justifié que par l'inscription au registre tenu par le greffier. Cass. rej. 11 janv. 1816, S. V., C. N., 5, 1, 135 ; Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 389, note 3 ; lois précitées de 1791 et de floréal, et loi du 22 frimaire an VII, art. 43 ; M. Demoly, t. 1, n° 630 et note 1, et Rolland de Villargues, *Code du notariat*, p. 401.) Il résulte, toutefois, d'une décision ministérielle du 12 juillet 1808, art. 2, et d'une circulaire du 18 mai 1819, que « Les greffiers des tribunaux de première instance doivent inscrire sur le registre ordinaire des actes de dépôt, à la suite les uns des autres, les actes du dépôt annuel... et qu'ils ne sont pas autorisés à tenir un registre particulier, à l'instar de celui de Paris. » (Demoly, t. 1, n° 1333 et note 2 ; Dalloz, *Rép.*, mots GREFFE — GREFFIER, t. 26, n° 567, note 1 ; Rolland de Villargues, *Code du notariat*, p. 451 ; *Rép.*, t. 9, n° 3261.) Et, à cet égard, notons que « Les greffiers sont tenus de faire autant d'actes de dépôt qu'il y a de notaires qui déposent au greffe le double de leur répertoire ; les notaires ne sont pas obligés de lever une expédition de ces actes. » (Décis. min. fin. 20 mars 1810, Demoly, t. 1, n° 680.) — Observons que c'est, pour les notaires, une obligation absolument stricte que d'effectuer le dépôt dont s'agit dans le délai de rigueur qui leur est imparti, et que, faute par eux de s'y soumettre, ils encourent une amende pour retard, qui est sévèrement exigée ; si bien que, d'après la circ. min. précitée du 13 messidor an IV, les commissaires du Pouvoir exécutif étaient tenus, « *sous leur responsabilité*, de poursuivre les notaires qui seraient en retard et de les faire condamner à l'amende. » Un retard de quelques jours seulement rend le notaire passible d'amende, amende d'autant plus redoutable, qu'elle fut progressive jusqu'en 1824 ; depuis la loi du 16 juin 1824, art. 10, 1er alin., « Les amendes progressives prononcées, dans certains cas, contre les fonctionnaires publics et les officiers ministériels, par les lois sur l'enregistrement et le dépôt des répertoires, sont réduites à une seule amende de 10 francs, quelle que soit la durée du retard. » (Voy., avant l'apparition de cette loi, des applications intéressantes de l'idée énoncée : Arr. 17 prairial an XI ; arr. cass. 6 juin 1809, S. V., C. N., 3, 1, 67 ; cass. 12 juin 1811, S. V., C. N., 3, 1, 360 ; 15 juillet et 4 sept. 1811, S. V., C. N., 3, 1, 379 et 403 ; 4 juillet 1820, S. V., C. N., 6, 1, 268 ; 10 mai 1819, S. V., C. N., 6, 1, 71 ; deux arrêts identiques cass. 30 juillet 1816, S. V., C. N., 5, 1, 221 ; cass. 15 mai 1822, S. V., C. N., 7, 1, 71 ; 12 pluviôse an VII, S. V., C. N., 1, 1, 165, arrêt curieux en ce qu'il en résulte que les tribunaux ne peuvent pas faire remise aux notaires de l'amende qu'ils ont encourue pour n'avoir pas déposé, dans le délai prescrit, le double de leur répertoire au greffe. Voir Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 389, note 3. — Comp. des décisions analogues, rendues toujours sous l'empire du Code du 3 brumaire an IV : Cass. 2 vendémiaire, 6 brumaire, 19 et 26 nivôse an VII ; 27 fév., 10 et 11 déc. 1807. Sous l'empire du C. pén. de 1810, l'art. 463 ne s'applique ni aux amendes prononcées par des lois spéciales, ni en matière fiscale. Voir *Jurisprudence du* XIXe *siècle*, mots AMENDE, nos 8 et suiv. ; PEINE, nos 37 et suiv. Comp. cass. 12 juillet 1834, S. V. 1835, 1, 35 ; 27 mai 1837, S. V. 37, 1, 627. — Voir, au reste, la loi du

certains avantages importants qui leur ont été assurés, nous

---

16 juin 1824, art. 10, 1er al., qui réduit les amendes progressives antérieures à une seule amende fixée au taux indiqué ci-dessus; Devill. et Car., *Lois ann.*, t. 1, p. 1108.) Au sujet de cette amende, voir la loi du 16 floréal an IV, art. 1 ; circ. du 8 brumaire an XII, et du 17 sept. 1809. (Demoly, t. 1, n° 672 et note 1 ; Roll. de Vill., *C. du not.*, p. 406 ; Dalloz, *Rép.*, mot ENREGIST., t. 22, p. 572, n° 5317.) Que si un jugement avait à tort déchargé de l'amende le notaire retardataire, le ministère public seul pourrait se pourvoir en cassation contre ce jugement : l'administration n'aurait pas ce droit. (Circ. min. du 25 avril 1808 ; Demoly, t. 1, n° 624.) Ajoutons qu'une décision ministérielle, en date du 14 juillet 1812 (*id.*, *eod.*, n° 808 et note 3), a tranché dans le sens de la négative la question de savoir si, lorsque, par suite d'un empêchement quelconque, un notaire n'a passé aucun acte dans le cours de l'année, il devrait déposer au greffe, à défaut du double de son répertoire, un certificat négatif. (Comp. Roll. de Vill., *Code du notariat*, p. 418.) — Quelques questions délicates se sont élevées en ce qui touche la nécessité de l'inscription sur le répertoire de tels ou tels actes. Nous nous bornerons ici à indiquer les cas principaux dans lesquels le doute s'est manifesté, à énoncer les solutions admises, et à renvoyer aux sources. D'abord, une décision du 9 prairial an XII, citée par Dalloz (*Rép.*, mot NOTAIRE, t. 32, p. 652, n° 302), et une décision semblable du ministre des finances, du 26 messidor suivant, ont statué que « Les notaires doivent inscrire sur le répertoire les copies collationnées de pièces. » (Demoly, t. 1, n° 474, et note 3.) — Ce fut ensuite une circulaire ministérielle du 6 vendémiaire an XIII, 2e alin. (*id.*, *eod.*, n° 481), qui décida que « Les notaires doivent insérer dans leurs répertoires les testaments des personnes vivantes avec *la date* et *le nom des parties.* » De là cette formule extrêmement générale, qui résulte d'un arrêt de cassation en date du 19 décembre 1808, à savoir que les notaires sont tenus d'insérer jour par jour, sur leurs répertoires, tous les actes qu'ils reçoivent, même les testaments et les actes de dépôt. (S. V., C. N., 2, 1, 613. Cet arrêt est encore important, en ce qu'il décide que les lois des 19 déc. 1790 et 11 fév. 1791 n'ont été abrogées ni par la loi du 22 frimaire an VII, ni par celle du 25 ventôse an XI, en ce sens que les notaires, huissiers et greffiers, qui tiennent leurs répertoires sur papier non timbré, ou qui n'y inscrivent leurs actes que par intercalation, encourent une amende soit de 100 francs dans le premier cas, soit de 50 francs dans le second. Ces amendes fixes ont d'ailleurs été réduites, la 1re à 20 francs, la 2e à 10 francs, par l'art. 10, 2e al., de la loi du 16 juin 1824; MM. Vuatrin et Batbie, *op. cit.*, p. 579. Voir, à ce sujet : loi du 13 brumaire an VII, art. 18, et circ. min. du 28 mars et du 28 mai 1810. *Adde* une circ. min. du 28 mars 1811 ; Demoly, t. 1, nos 682 et note 3, 688 et 706. Comp. Roll. de Vill., *Code du notariat*, p. 410.) Et un jugement du tribunal de la Seine, du 11 août 1841, a même décidé que, bien que le notaire qui reçoit en dépôt un testament mystique ne dresse pas un acte de dépôt, il n'en doit pas moins mentionner ce testament au répertoire. (Voir Dalloz, *Rép.*, mot ENREGISTREMENT, t. 22, p. 566, n° 5279, et M. Demoly, t. 1, p. 80, note 2, auquel sont empruntés ces renseignements.) En un mot, les actes de suscription des testaments mystiques doivent être répertoriés à leur date. Il en sera de même des actes de dépôt de ces testaments, faits en vertu de l'art. 1007 du C. civ. Toutefois, ne doit pas être mentionné au répertoire le dépôt d'un testament fait par le testateur lui-même, et dont il n'est pas dressé acte. (Voir loi du 22 frimaire an VII, art. 43, 2e alin., MM. Vuatrin et Batbie, p. 530. Comp. Champ. et Rig., *op. cit.*, t. 4, n° 3934, et Sir. Vill., passage précité, note 4.) — En troisième lieu, une décision ministérielle du 17 octobre 1808 (Demoly, t. 1, n° 642) a statué qu' « Il n'est pas nécessaire d'inscrire sur le répertoire des notaires l'acte estimatif annexé aux donations. » (Art. 948 du C. civ.) — Enfin une décision du ministre des finances, du 24 octobre 1817 (*id.*, *eod.*, n° 1207), a déclaré que « Le notaire chargé par le Tribunal

signalerons dix hypothèses principales, dans lesquelles cette

---

de dresser un procès-verbal de visite de lieux doit inscrire ce procès-verbal dans son répertoire. »

Terminons en faisant observer qu'aux termes d'une lettre ministérielle en date du 9 septembre 1806, « Les notaires sont tenus de faire viser, tous les trois mois, leur répertoire par les receveurs de l'enregistrement, en conformité de l'art. 51 de la loi du 22 frimaire an VII. » (*Id.*, *eod.*, n° 552 et note 4. — Comp. Dalloz, *Rép.*, mot ENREGISTREMENT, t. 22, p. 570, n° 5307, et arrêt civ. cass. 24 avril 1809, qui a fixé les doutes sur cette question, S. V., C. N., 3, 1, 50 et note 5.)

Les observations qui précèdent nous permettront de ne pas insister en ce qui concerne les répertoires des greffiers, des huissiers, etc. Nous nous contenterons donc d'une énumération pure et simple des actes qui les concernent. Voy., pour les greffiers en général : la loi du 22 frimaire an VII, art. 49 à 54 incl.; et spécialement pour les greffiers de paix : une circ. minist. du 13 août 1810, et une déc. min. du 29 avril 1872, 2e al. (Demoly, t. 1, n° 690, et t. 2, n° 4357) ; pour les greffiers des tribunaux de première instance : un décret du 24 mai 1854, art. 1, § 14, et art. 3, § 3 ; une circ. minist. du 11 oct. 1816 (Demoly, t, 1, n° 1118 et note 1) ; une autre circ. minist. du 1er déc. 1819 qui, en exécution des lois du 22 frimaire an VII, art. 49, 50 et 51, et du 28 avril 1816, et de l'ordonnance du 22 mai suivant, prescrit aux greffiers des cours et des tribunaux de tenir deux répertoires, l'un civil, l'autre correctionnel, à partir du 1er janvier 1820 (voir *Instr. du directeur général de l'enreg. et des dom.*, t. 19, p. 8; Faure, *Répertoire des parquets*, t. 1, p. 400, § 556, et Demoly, t. 1, n° 1373) ; une circulaire minist. du 12 juin 1843 qui, vu les art. 52 et 54 de la loi de frimaire an VII, et l'ordonnance du 17 juillet 1825, prescrit aux greffiers des tribunaux et des justices de paix de communiquer sans difficulté les répertoires, et notamment le registre de leurs émoluments, aux préposés de l'enregistrement (Demoly, t, 2, n° 2970) ; une instruction de l'administration de l'enregistrement (n° 2158) du 4 août 1859 (Demoly, t. 2, n° 4010. — Joindre au n° 4021 un acte du 15 septembre suivant) ; enfin une décis. minist. du 7 juin 1872, d'après laquelle : « La loi du 24 novembre 1871, qui accorde aux greffiers un droit de 25 centimes pour chaque mention au répertoire, ne s'applique qu'aux matières civiles et commerciales. Aucune indemnité pour mentions au répertoire n'est due aux greffiers en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police. » (*Id.*, *eod.*, n° 4364.) Pour les greffiers des tribunaux de commerce : décision minist. 14 décembre 1813 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 887.) — Pour les huissiers : circ. min. 17 janvier 1806 (Demoly, t. 1, n° 530) ; avis du Cons. d'Etat 6 juillet 1810 ; décis. minist. 3 août 1822 (*id.*, *eod.*, n° 1634) ; décis minist. fin. 29 décembre 1820 ; circ. minist. 30 avril 1823 (*ibid.*, n° 1717) ; circ. minist. 18 mars 1844, rendue en exécution de l'art. 47 du décret du 14 juin 1813, et de l'art. 2 de l'ordonn. du 26 juin 1822 (*id.*, t. 2, n° 3020) ; enfin deux circ. minist. des 12 déc. 1854 et 21 sept. 1855. (*Ibid.*, nos 3711 et 3778.)

IV. Les uns comme les autres peuvent recevoir des dépôts de sommes, comme des dépôts d'actes (Dalloz, *Rép.*, mot ENREGISTREMENT, n° 510) ; et il est important de distinguer 1° pour la perception des droits d'enregistrement, et 2° pour l'appréciation du degré de gravité de la faute, en cas de détournement ou de dissipation de l'objet déposé, d'abus de confiance, en un mot, si ces dépôts sont par eux reçus à titre de *fonctionnaires* ou d'*officiers publics*, ou en qualité de simples particuliers. (Voy. : 1° Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, n° 27, qui soumet à un droit fixe de 1 franc « les dépôts et consignations de sommes et effets mobiliers chez des *officiers publics*, lorsqu'ils n'opèrent pas la libération des déposants ; et les décharges qu'en donnent les déposants ou leurs héritiers, lorsque la remise des objets déposés leur est faite » ; loi du 28 avril 1816, art. 43, n° 11, qui élève ce droit fixe à 2 fr.; loi du 22 frimaire

distinction nous paraît avoir encore ou avoir eu son utilité.

---

an VII, art. 69, § 3, n° 3, qui assujettit à un droit proportionnel de 1 fr. pour 100 fr. les reconnaissances de dépôt de sommes chez les particuliers ; voir aussi deux délibérations de la régie, des 30 janv. 1829 et 8 déc. 1835, citées par Dalloz, *Rép.*, même mot, n° 553 ; Dalloz, *Rép.*, même mot, n°s 510 à 533 incl. et 551 à 559 incl. Observez que les notaires rentrent dans l'expression d'*officiers publics* employée par l'art. 68, § 1, n° 27, de la loi de frimaire, et que, lui aussi, l'avoué est considéré comme tel, au point de vue qui nous occupe, dans le sens de cette disposition. Voy. *Journal de l'enregistrement*, n° 4407. 2° L'art. 408 du Code pénal, remplacé par la loi du 13 mai 1863, relatif à la violation du dépôt ; *adde :* arrêts Paris, 6 janv. 1832 et 16 nov. 1833 ; cass. rej. 15 avril 1813 ; cass. 24 juin 1841 et 19 janv. 1843 ; Dalloz, *Rép.*, mots CODE PÉNAL, n° 255, et ABUS DE CONFIANCE, n°s 110 et 141 et suiv. Joindre les applications récentes suivantes : Cour d'assises de la Gironde, 17 et 18 août 1877, *Gaz. Trib.* 26 août, p. 828, col. 3, *in fine*. Il est curieux ici de faire observer que l'acte d'accusation qualifie le notaire accusé « d'*officier public* » ; nous ne saurions trop répéter que cette qualification n'est pas légale ; Cour d'assises d'Indre-et-Loire, 3 sept. 1877, *Gaz. Trib.* du 7, p. 869, col. 2 ; Cour d'assises de la Gironde, 27 à 30 nov. 1877, *Gaz. Trib.* du 9 déc., p. 1185, col. 4 ; la première de ces trois affaires a spécialement trait à des détournements. — *Junge* Cour d'assises de la Nièvre, 1er déc. 1877, détournement de deniers publics par un comptable public, et l'arrêt de cassation, Ch. crim., du 29 déc., *Gaz. Trib.* du 18 janv. 1878, p. 58, col. 3 ; Cour d'assises de la Seine, 27 et 28 mai 1878, *Gaz. Trib.* 27-28 et 29 mai, pp. 513, col. 1, et 519, col. 2. — Les deux autres affaires ont trait à des abus de confiance. Voir *infra* X.) — Ajoutons qu'il importe encore de distinguer les *fonctionnaires* et *officiers publics (lato sensu)* des simples particuliers en matière de détournements de fonds, en ce qui concerne les questions à poser au jury (Voir crim. rej. 9 mai 1878, *Gaz. Trib.* du 10, p. 454, col. 2), ainsi qu'en matière de soustractions, destructions et enlèvements de pièces ou de procédures criminelles, ou d'autres papiers, registres, actes et effets contenus dans les archives, greffes ou dépôts publics, ou remis à un dépositaire public, en cette qualité. (Voy. art. 408, 3e al., 254 et 255 C. pén.; *adde* l'art. 256, où l'identité de situation reparaît par suite de l'identité de la peine applicable aux faits y prévus.) — Remarquons avec soin, d'une part, que la détermination du caractère d'*officier public* étant une question de droit, la Cour d'assises seule peut la décider, et, d'autre part, qu'il ne suffit pas que le dépôt des fonds détournés ait été fait à un *officier ministériel*, par exemple à un huissier, accusé d'abus de confiance ; il faut que ce dépôt lui ait été fait en sa qualité d'huissier, c'est-à-dire en la qualité qui entraîne la confiance du public. Il résulte de là, d'un côté, que la question au jury doit se borner à lui demander si l'accusé était huissier, et, de l'autre, qu'elle doit préciser cette circonstance, que c'est en qualité d'huissier que le dépôt lui a été fait. D'où la conséquence qu'étant donnée une accusation d'abus de confiance commis par un huissier, il y a une double nullité dans la question qui interroge le jury en ces termes : « L'accusé était-il *officier public* ou *ministériel*, lors des détournements par lui commis ? » (Crim. cass. 20 fév. 1879, *Gaz. Trib.* du 21, p. 175, col. 1.)

V. L'art. 173 du Code pénal (comp. les 4 articles précédents), qui réprime comme crimes les destructions, suppressions, soustractions ou détournements commis dans les dépôts publics, des actes et titres dont un *fonctionnaire* ou un *officier public* quelconque était dépositaire en cette qualité, ou qui lui avaient été remis ou communiqués à raison de ses fonctions, et l'art. 174 du même Code, remplacé par la loi précitée du 13 mai 1863, lequel a trait au crime de concussion, c'est-à-dire à la perception faite de mauvaise foi, par des *fonctionnaires* ou *officiers publics*, de droits,

Comme il sera d'ailleurs très-aisé de s'en rendre compte, par la

---

salaires ou traitements qui ne sont pas dûs, ou dont le chiffre a été frauduleusement exagéré, sont applicables à tous *fonctionnaires* ou *officiers publics* sans distinction, et, par suite, tant aux *fonctionnaires* proprement dits, qu'aux *officiers ministériels*. (Comp., sur l'art. 173, Dalloz, *Rép.*, mots ABUS DE CONFIANCE, nos 132 et suiv., et VOL, nos 348 et suiv. ; et sur l'art. 174, *id.*, *eod.*, mot FORFAITURE, no 67.)

VI. Ils ont qualité pour délivrer des certificats de propriété (Loi du 28 floréal an VII, art. 6), mais ils répondent de l'exactitude des faits qu'ils attestent. (Voy. Dalloz, *Rép.*, mot CERTIFICAT DE PROPRIÉTÉ, nos 1 et 18.) Remarquons qu'aux termes de l'art. 3 de la loi du 7 mai 1853, les certificats de propriété destinés au retrait des fonds versés dans les caisses d'épargne, doivent être délivrés dans les formes et suivant les règles prescrites par la loi du 28 floréal an VII, soit par les notaires, soit par les juges de paix, soit enfin par les greffiers détenteurs de la minute, si la mutation s'est opérée par jugement. (Art. 6 de la loi de floréal.) Voy., à ce sujet, un jugement récent du trib. de la Seine, du 2 fév. 1878, *Gaz. Trib.* du 21, p. 173, col. 3.

VII. Il leur est défendu (sauf injonction ou autorisation d'exécution provisoire) d'agir en vertu d'actes qui n'ont pas acquitté les droits de timbre et d'enregistrement auxquels ils sont soumis, et de délivrer des expéditions, avant l'acquittement des droits exigibles. (Voy. lois du 19 déc. 1790, art. 11, 4e alin., MM. Vuatrin et Batbie, p. 486; du 18 fév. 1791; du 13 brumaire an VII, art. 24, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 464 ; du 22 frim. an VII, art. 41 et 42, *iid.*, *eod.*, p. 482 et notes 9, 10 et 11. — Par arrêt de rejet, en date du 30 nov. 1807, la Cour de cassation a jugé que les lois nouvelles sur l'enregistrement et le notariat, des 19 déc. 1790, 22 frimaire an VII et 25 ventôse an XI, ont abrogé les déclarations des 19 mars 1696 et 14 juillet 1699, qui défendaient aux notaires et tabellions d'écrire ou de signer, comme témoins, les actes faits sous signatures privées, à peine de 200 livres d'amende pour chaque contravention. S. V., C. N., 2, 1, 454. Comp., en ce sens, avis du Cons. d'Et. du 1er avril 1808, et Merlin, *Rép.*, mots NOTAIRE, § 5, no 13, et ACTES S. S. P., § 1, no 6. — *Adde :* décision minist. du 16 août 1808, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 481, note 7; lois du 16 juin 1824, art. 10, 11 et 13 ; du 28 avril 1816, art. 56; décis. minist. du 17 fév. 1819, Dalloz, *Rép.*, mot ENREGISTREMENT, nos 5195 et suiv. ; lois du 5 juin 1850, art. 49 ; déc. du min. des fin. du 2 fév. 1853, Dalloz, *Rép.*, mot TIMBRE, nos 167 et suiv.; lois du 2 juillet 1862 et du 23 août 1871 ; circ. des 25 août, 18, 19 sept., 22 nov. 1871 ; décret du 27 nov. 1871. Voir, sur tout ceci : MM. Vuatrin et Batbie, pp. 483 à 632, et 1285 à 1288. — Citons encore : une loi du 21 juin 1875 ; une instruc. de la régie du 23 juin suivant, formulée au sujet de l'exécution de ladite loi, Devill. et Car., *Lois ann.*, 7e série, pp. 709 et suiv.; un décret du 8 fév. 1876, *iid.*, 8e série, p. 150; un décret du 16 mai 1877, *eod.*, p. 243 ; et un autre du 23 janv. 1878, *eod.*, p. 286. Notons ici de même l'art. 29 de la loi du 22 frimaire an VII, d'après lequel les notaires sont tenus de payer, au moment de l'enregistrement, les droits des actes passés devant eux. Voir, à ce sujet, civ. rej. 10 déc. 1877, S. V. 1878, 1, 84, et la note.)

VIII. Ils doivent exprimer les quantités qu'ils ont à énoncer dans leurs actes, conformément aux désignations du système décimal et non autrement. (Voir loi du 18 germinal an III ; décret du 1er vendém. an IV, art. 9 et 10 ; circ. min. du 27 frim. an IV, Demoly, t. 1, no 113 ; arrêté du 13 brum. an IX ; circ. min. des 26 frim. et 25 pluv. an X, Demoly, *eod.*, nos 381 et 388 ; loi du 25 ventôse an XI, art. 17 ; délib. du 6 avril et solution du 30 avril 1832, *Journal de l'Enreg.*, no 10345 ; circ. min. du 30 nov. 1832 ; délib. du conseil d'administration du 25 janv. 1833 ; loi du 4 juillet 1837, art. 5 ; circ. min. du 31 mars 1839, Demoly, *eod.*, no 2741, etc. Voy. Dalloz, *Rép.*, mots POIDS ET MESURES, nos 168 et suiv. Ajoutez, d'ailleurs, en ce qui touche les poids et mesures, dont la tradition romaine attribuait l'établissement à Servius

simple inspection du tableau que nous allons dresser, on rencon-

---

Tullius (Aurelius Victor, *De viris illustribus*, VII), et dont la vérification rentrait dans les attributions des édiles (voy. M. E. Labatut, *L'Edit des Ediles*, dans la *Rev. gén. du dr.*, 1879, pp. 352 et suiv.), la circ. min. du 24 floréal an VI ; le décret du 11 avril 1813, et la circ. min. du 23 juillet suivant, Demoly, *eod.*, nos 226 et 893.)

IX. Aux uns comme aux autres, s'appliquent les art. 106, 107 et 1596 et suiv. du C. civ. (Comp., comme analogie, l'art. 38 du décret du 14 juin 1813. Voir *infra*, XI.) A propos de l'application de l'art. 1596 du C. civ., remarquons que, s'il est vrai que le notaire, chargé de procéder à une vente publique de meubles, ne peut se rendre adjudicataire en son nom personnel, dans le cours des enchères, d'aucun objet dépendant de cette vente, aucune disposition de loi ne fait obstacle à ce qu'il traite à l'amiable avec ces vendeurs, en dehors de la vente aux enchères, de la transmission de tel ou tel objet, alors que ces vendeurs sont maîtres de leurs droits. C'est bien ici le cas de répéter le vieil adage : *Cessante legis ratione, cessat lex.* (Voir, en ce sens, req. rej. 27 juillet 1875, S. V. 75, 1, 448, et note 2. Comp. ordonn. 4 janvier 1843, art. 12, et Angers, 14 mars 1866, S. V. 66, 2, 180, et note 4.) — Sur cet article 1596, comp. Dalloz, *Rép.*, mot VENTE, nos 463 et suiv. Au même ordre d'idées se rattachent directement l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI, et l'art. 12, 4°, de l'ordon. précitée de 1843. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 2e série, p. 740. — Voir, sur la portée de cette disposition, M. Lefebvre, *Discipl. notar.*, t. 1, nos 284 et suiv. ; Chambéry, 28 nov. 1877, S. V. 78, 2, 69. Consulter aussi Lyon, 11 fév. 1851, S. V. 52, 2, 61, et Poitiers, 6 déc. 1876. S. V. 78, 2, 135.) — Aux uns comme aux autres, s'applique également la prohibition de faire le commerce. (Voir, par ex., édit de mars 1765 ; décrets du 14 déc. 1810, art. 18, et du 14 juin 1813, art. 41 ; ordonn. du 20 nov. 1822, art. 42, et du 4 janv. 1843, art. 12. Une circ. min. just. du 19 oct. 1876, Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 177, rappelle cette disposition, trop souvent méconnue. Comp. art. 85 et suiv. du C. de com. ; *adde*, Molinier, t. 1, p. 180, et Dalloz, *Rép.*, mot COMMERÇANT, nos 111 et suiv.) — De même, il leur est interdit, à peine de nullité, d'instrumenter quand ils ont intérêt dans les actes, soit qu'ils y figurent en nom propre, soit qu'ils y agissent sons le nom d'un tiers interposé. Mais il demeure bien entendu que la portée et la limitation du principe dépendent l'une et l'autre d'une question de fait à laquelle elles sont subordonnées, et qui est souverainement appréciée par les juges du fait. (Voir applications de ces idées, relativement aux huissiers, art. 66 C. pr. civ.; req. rej. 9 juin 1875, S. V. 75, 1, 278, et note 3; civ. cass. 19 juillet 1875, S. V. 75, 1, 424 et note 4; civ. cass. 22 janv. 1879, S. V. 79, 1, 246 et note 1 ; joindre sur renvoi Caen, 30 avril 1879, S. V. 79, 2, 206 ; et, relativement aux notaires, *Gaz. Trib.* 22 juin 1877, p. 603, col. 4 ; comp. les art. 8 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.) Les notaires sont incapables de recevoir ou de dresser des actes dans lesquels ils se trouvent personnellement intéressés, directement ou indirectement, ou même d'une manière éventuelle (Rouen, 21 janv. 1879, S. V. 79, 2, 101 et note 1. — Voy. notamment, sur les cas dans lesquels un notaire est à considérer comme intéressé dans un acte qu'il a reçu : req. rej. 25 nov. 1856, et 16 déc. 1856, S. V. 57, 1, 449 et 452 ; civ. cass. 11 juillet 1859, S. V. 59, 1, 551 ; civ. rej. 15 avril 1862, S. V. 62, 1, 458; req. rej. 29 juillet 1863, S. V. 63, 1, 477 ; req. rej. 4 août 1864, S. V. 64, 1, 401 ; Limoges, 1er juillet 1865, S. V. 65, 2, 225 ; Grenoble, 20 déc. 1865, S. V. 66, 2, 190 ; civ. rej. 6 août 1873, S. V. 74, 1, 56 ; req. rej. 20 janv. 1874, S. V. 74, 1, 110. — Voir MM. Aubry et Rau, passage cité ci-dessous, texte et note 11.) Et, par *à fortiori* de l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI, il est évident qu'il importe peu qu'ils y figurent en leur propre nom, ou par l'intermédiaire d'une personne qui serait ou co-intéressée ou simplement interposée à

trera, dans cette énumération, qui n'a nullement la prétention

---

l'acte. (Toullier, VIII, 73 ; Grenier, *Des donations*, I, 249 ; Duranton, XIII, 28 : Bonnier, II, 474 ; Aubry et Rau, t. 8, § 755, 2° a, p. 201, texte et note 12 ; Amiens, 6 mars 1844, S. V. 47, 2, 371 ; Orléans, 5 mai 1849, S. V. 49, 2, 453 ; Douai, 10 fév. 1851, S. V. 51, 2, 70 ; civ. cass. 15 juin 1853, S. V. 53, 1, 529 et 665 ; voir aussi les arrêts ci-dessus.) — L'acte dans lequel se trouverait intéressé le notaire qui l'a reçu, serait absolument nul, et cette nullité s'étendrait même à celles de ses dispositions qui n'intéressent pas le notaire. (Voy. MM. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 202 *in initio*, texte et note 14 ; civ. cass. 15 juin 1853, S. V. 53, 1, 529 ; req. rej. 29 juillet 1863, S. V. 63, 1, 477.)

En ce qui touche l'obligation du domicile (art. 106 et 107 C. civ. cités plus haut), elle existait déjà à Rome pour certains *fonctionnaires publics ;* spécialement, le § XCI des bronzes d'Osuna, au milieu duquel commence la première des trois tables, trouvées en Andalousie à la fin de 1870 ou au commencement de 1871, prescrit la nécessité du domicile pour être élu décurion, ou prêtre de la Colonie. (Voy. M. Ch. Giraud, *Les bronzes d'Osuna*, dans la *Rev. de législ. anc. et mod., franç et étrang.* 1874, p. 365, et en particulier p. 369); de même les sénateurs avaient de droit un domicile à Rome ou à Constantinople : « *Senatores in sacratissima urbe domicilium dignitatis habere videntur.* » (Const. 8, *De incol. et ubi quis domicil.*, C. Just., x, 39. — Consulter, sur le domicile légal : Dig., *Ad municip. et de incol.*, L, I ; C. Just., *De incol. et ubi quis domicil.*, *passim* ; Savigny, *Système*, t. 8, §§ 350 et suiv. ; Thèses de doctorat de MM. Chavanes et Ancelle, Paris, 1863 et 1875, ainsi que celle de notre ami M. Roussel, Paris, 1878, nos 27, 29 et 32.) En d'autres termes, il était certains cas dans lesquels la dignité ou la fonction conféraient un domicile légal. (Consulter Houdoy, *Le droit municipal*, Paris, 1876, pp. 165 et suiv. ; Maynz, *Cours de droit romain*, 4e éd., Bruxelles, 1876, t. 1, p. 417, *in fine*, et suiv.)

X. Le faux dont ils se rendent coupables dans la rédaction des actes de leur ministère tombe sous le coup d'une répression plus sévère que celui qui pourrait être commis par des particuliers. (Voir les art. 145 et suiv. du C. pén.) Observons, d'ailleurs, qu'un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 19 déc. 1877 (*Gaz. Trib.* du 20, p. 1221, col. 2 ; S. V. 78, 1, 169 et le renvoi) a décidé avec raison que si l'acte authentique fait foi, jusqu'à inscription de faux, des faits y énoncés par le notaire, comme s'étant passés en sa présence, ou comme ayant été accomplis par lui, il n'en saurait être de même des déclarations des parties consignées dans l'acte authentique, et portant sur des faits qui se sont passés hors la présence du fonctionnaire public, et que la sincérité de ces déclarations peut toujours être combattue par la preuve contraire. (Art. 1319 et 1320 C. civ.) Il y a, selon nous, une analogie frappante entre ces cas et les hypothèses où l'officier de l'état civil consigne sur ses registres la mention des faits qu'il n'a pas constatés *propriis sensibus*. — Ajoutons que c'est en considération de la gravité des résultats possibles, et aussi pour entraver la multiplicité des actions en faux, que le législateur a rendu la procédure obligatoire en inscription de faux très-périlleuse pour le demandeur. (Voir notamment l'art. 246 du C. de pr. civ., relatif au faux incident civil.) Notons encore que, dans le cas d'accusation de faux en écriture publique, portée contre un *fonctionnaire* ou *officier public* ou *ministériel*, la circonstance que le faux a été commis dans l'exercice des fonctions de l'accusé, est constitutive et non pas seulement aggravante du crime, et que, par suite, il n'est point nécessaire d'en faire l'objet d'une question spéciale au jury. (Art. 337 et 338 C. inst. crim ; loi 13 mai 1836, art. 1. Voir cass. 13 oct. 1842, *Bull. crim.*, no 277 ; 15 fév. et 28 nov. 1844, *Bull. crim.*, 48 et 382 ; crim. rej. 22 avril 1869, S. V. 71, 1, 166 et note 2 ; *adde* MM. Nouguier, *Cour d'assises*, t. 4, no 2713 ; Blanche, *Etudes sur le C. pén.*, t. 3, no 230.) Il convient aussi d'ajouter que la qualité d'*officier public*

d'être limitative, différents cas dans lesquels l'importance de

---

n'est pas une circonstance aggravante du délit d'abus de blanc-seing. (Dalloz, *Rép.*, mot ABUS DE CONFIANCE, n° 37.)

Pareillement, on ne saurait, à raison même du caractère dont ils sont revêtus, les considérer comme des mandataires, dans des conditions normales et ordinaires. Et de là on a pu conclure, avec vérité, que la confiance toute particulière que leur qualité inspire donne à leurs allégations, quand elles sont mensongères, une portée, une importance et une gravité tout autres, que le mensonge qui serait employé par un simple particulier, et que ces allégations peuvent, selon les circonstances, dégénérer en manœuvres frauduleuses, et aboutir à des escroqueries, aux termes de l'art. 405 du C. pén., remplacé par la loi du 13 mai 1863. (Voir application, relativement à un huissier, *Gaz. Trib.* 2 mars 1877, p. 212, col. 2.)

XI. Les *fonctionnaires publics* (tels, principalement, les notaires), les *officiers publics* ou *ministériels* font seuls les ventes publiques de meubles. (Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 18 ; VENTE PUB. DE MEUBLES, n° 42 ; ENREGISTR., n°s 2920 et suiv.) Leur ministère est imposé à l'héritier bénéficiaire, pour la vente des meubles héréditaires. (Art. 805 C. civ. ; Dalloz, *Rép.*, mot SUCCESSION, n° 832.) — Des lois spéciales se sont d'ailleurs chargées de désigner qui, parmi eux, a qualité pour procéder à la vente publique de telle ou telle sorte de biens meubles. (Voir sur ce point, en général : Edit de Paris de création des *offices de priseurs-vendeurs de meubles* de février 1556, Isambert, t. 14, p. 473 ; édit de Versailles de février 1771, art. 9, *id.*, t. 23, pp. 518 et 521 ; lettres patentes du 16 juillet 1771 ; arrêts du 21 août 1772 et du 20 juin 1775 ; arrêt du Conseil du 13 nov. 1778, et mandement royal du 6 déc. qui le suit ; arrêt du Conseil du 20 nov. 1780 ; décrets des 21-26 juillet 1790, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 43 et note 1, et des 17-18 sept. 1793, *iid.*, *eod.*, p. 260 et note 2 ; arrêtés du Directoire du 12 fructidor an IV et du 27 nivôse an V, *iid.*, *eod.*, p. 408 et note 1 ; jug. de cass. de la section civile du Trib. de cass. du 8 nivôse an VII, S. V., C. N., 1, 1, 151 et note 2. Comp. cass. 22 mai 1822 et 17 juillet 1827 ; lois du 22 pluv. an VII, art. 1 et 7 ; du 27 et du 28 ventôse an IX ; arrêté du 29 germinal an IX ; *iid.*, *eod.*, pp. 558 et note 4, 559 et 562, et note 1 ; arrêté du 9 prairial an X ; art. 525, 533 et 535, C. civ.; 945 à 952, C. pr. civ.; 77 et suiv. et 486 C. comm. ; avis du Conseil d'Etat du 21 octobre 1809, *iid.*, *eod.*, p. 803, coll. 2 et suiv. ; décrets du 22 nov. 1811 et du 17 avril 1812, *iid.*, *eod.*, p. 860 et note 3 ; décret du 14 juin 1813, art. 37 et 38, *ibid.*, p. 883 et note 1 ; ordonn. du 18 fév. 1815, *ibid.*, p. 921 et note 2 ; loi du 28 avril 1816, art. 89, *ibid.*, p. 940 ; ordonn. du 1er mai 1816, *ibid.*, p. 953, coll. 2 et suiv.; ordonn. du 26 juin 1816, art. 3 et 12, *ibid.*, p. 959 ; lettre ministérielle du 17 déc. 1816, Demoly, t. 1, n° 1132 ; loi du 15 mai 1818, art. 74, Devill. et Car., *eod.*, p. 996 ; ordonn. des 1er juillet 1818 et 9 avril 1819, *eod.*, p. 1007 et note 2 ; loi du 23 juillet 1820, art 31 ; décis. minis. du 1er juin 1822, rendue au sujet de l'art. 7 de l'ordonn. précitée du 26 juin 1816, Demoly, t. 1, n° 1618 ; ordonn. du 31 juillet 1822, Devill. et Car., *eod.*, p. 1077 et note 5 ; décis. minist. du 21 avril 1828 ; circ. minist. du 8 mai 1829, Demoly, t. 1, n° 2233 et note 1 ; circ. du 5 août 1829, *ibid.*, n° 2250 et note 2 ; circ. minist. des 8 fév. 1830 et 4 mai 1835, *ibid.*, n° 2275 et note 2 et n° 2565 ; loi du 25 juin 1841, relative à la vente aux enchères des marchandises neuves, et interdisant la vente de ces marchandises, sans l'assistance d'*officiers publics*, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 959, note 1, et S. V. 1841, 2, 407 et les notes ; circ. minist. du 21 mai 1842 et du 26 mai 1847, Demoly, t. 2, n°s 2918 et 3205 ; loi du 5 juin 1851 ; loi du 28 mai 1858 ; décret 12 mars 1859, rendu pour l'exécution de cette dernière loi ; décret 30 mai 1863 ; Devill. et Car., *Lois ann.*, 3e série, année 1851, p. 69 *in fine* et les notes ; 4e série, année 1858, p. 74 ; 5e série, année 1863, p. 40 ; décret du 24 déc. 1874, et du 2 déc. 1876, Devill.

notre division sera accentuée d'une façon plus ou moins profonde

---

et Car., 7e série, p. 640, et 8e série, p. 194. Mentionnons encore une instruction de la régie du 1er août 1861 (n° 2149, et S. V. 62, 2, 576), d'après laquelle le délai de dix jours, accordé par l'art. 17 de la loi du 28 juin 1861, pour l'enregistrement des procès-verbaux des ventes publiques de marchandises faites par les courtiers, est applicable aux procès-verbaux des ventes faites par les *officiers publics* ou *ministériels* désignés pour remplacer les courtiers, conformément à l'art. 2 de la loi du 3 juillet 1861. Les courtiers ne peuvent faire que les ventes publiques volontaires de marchandises neuves en gros. Voir encore, sur ce point, avec les textes précités : loi du 28 mai 1858, dont le tableau à elle annexé a été modifié par un décret du 30 mai 1863 ; loi du 3 juillet 1861 ; décrets 6 juin et 29 août 1863 ; loi du 18 juillet 1866, art. 4. Consulter aussi M. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, 1re éd., pp. 388 et suiv. — Joindre, sur la matière générale, Rolland de Villargues, *Code du notariat*, *passim*, et en particulier, p. 487 ; *Jurisprudence du notariat*, *passim*, et spécialement t. 2, nos 474 et 574 ; t. 3, p. 791.) — Terminons, sur cette matière, par les observations suivantes :

1. — Une décision ministérielle du 15 oct. 1811, dont la solution, approuvée par Rolland de Villargues (*Rép.*, n° 302 *bis*), est contraire à la jurisprudence, en ce qui concerne les ventes par les particuliers de leurs immeubles aux enchères, a statué qu' « Il n'est pas loisible à un particulier de faire lui-même la vente de son mobilier aux criées publiques, et après affiches préalables, en la forme usitée à l'égard des ventes qui se passent devant notaires » (comp. la note 2 citée *infra*, dans Sirey-Villeneuve, 1863, 2, 168. — Il en serait, bien entendu, autrement, s'il s'agissait de ventes non publiques entre particuliers, en ce sens qu'elles pourraient avoir lieu aux enchères, et sans le concours des notaires), et qu' « Il peut encore bien moins autoriser des tiers sans qualité à se charger de semblables ventes. » (M. Demoly, t. 1, n° 752 et note 2. Comp. Rolland de Villargues, *Code du not.*, p. 416, et Dalloz, *Rép.*, mot NOTAIRE, t. 32, p. 639, n° 236. — Dans le sens de la décision ministérielle ci-dessus, en matière de vente aux enchères de leurs immeubles par les particuliers, voir lettre du ministre de la justice au procureur imp. près le tribunal de Bruges, du 2 octobre 1811, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 853 et note 6 ; voy., en outre, trib. de Château-Thierry, 14 juillet 1838, S. V. 39, 2, 410, et un jugement du tribunal de Chaumont du 18 juin 1838, rapporté dans S. V. 1839, 2, 409 et note 1, et infirmé par la Cour de Dijon le 30 janvier 1840, S. V. 40, 2, 107 ; et conforme à l'arrêt de Dijon : Bruxelles, 26 juin 1811, S. V., C. A., 12, 2, 431, C. N., 3, 2, 511, et la note 1, et l'arrêt de la Chambre des requêtes du 20 fév. 1843, qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt précité de Dijon, et décide, en le maintenant, que les particuliers ont le droit de vendre leurs immeubles aux enchères sans le ministère d'un notaire ; S. V. 1843, 1, 309 et les notes. Lire, notamment, les judicieuses observations dont M. Devilleneuve a fait suivre cette décision. *Adde :* Amiens, 18 nov. 1846, S. V. 47, 2, 28, et req. rej. 19 mai 1847, S. V. 47, 1, 520. — Comp. Devill. et Gilb., *Table générale*, mot VENTE PUB. D'IMMEUBLES, n° 39, et Sir. Vill. 1863, 2, 168, note 2.) Il ne nous semble d'ailleurs pas douteux que les particuliers ont le droit de procéder eux-mêmes, ou de faire procéder par des mandataires privés, à la vente de leurs immeubles aux enchères publiques et à la suite d'affiches ou de publications. (Bruxelles, 26 juin 1811 ; req. rej. 20 fév. 1843 ; Amiens, 18 nov. 1846 ; req. rej. 19 mai 1847, précités. Voir toutefois une décision ministérielle du 2 nov. 1811, S. V. 12, 2, 147.) Et c'est en cela, précisément, que ces ventes se distinguent des ventes de choses mobilières, qui, elles, pour être faites publiquement et aux enchères, nécessitent le ministère de *fonctionnaires* ou d'*officiers publics*, investis du pouvoir d'y procéder (loi du 22 pluviôse an VII, art. 1), et qui, nous le savons,

et plus ou moins générale, ou même dans lesquels, ainsi

---

sont les commissaires-priseurs, les courtiers de commerce, les notaires, les huissiers, et les greffiers de justice de paix. (Voir, sur ces deux points, et en notre sens : MM. Aubry et Rau, t. 4, § 350, p. 344, texte et notes 5 à 7 incl.) Remarquons bien, au reste, que l'arrêt du 20 février 1843 n'a nullement pour but de dénier aux notaires le privilége que leur confère la loi de leur institution, de pouvoir seuls donner à de pareilles ventes la forme authentique, de pouvoir seuls constater des enchères qui lient et obligent ceux qui les ont faites ; loin de là : la Cour elle-même reconnaît formellement dans son arrêt que les enchères qui ont lieu devant un particulier ne sont considérées que comme de simples *pourparlers* préalables à la vente, « dont la constatation dans l'acte de vente », ajoute fort bien M. Devilleneuve, « devient alors une chose tout à fait indifférente, la vente n'étant réellement consommée ensuite que par le renouvellement du commun consentement des parties et leur signature sur l'acte qui le constate. » Tout cela est parfaitement exact, et n'implique en aucune façon le droit pour un simple particulier d'établir une agence, un bureau dans lesquels il appellerait périodiquement et à jours fixes les enchères sur les immeubles d'autrui. Nous ne pouvons donc, en ce qui concerne les immeubles, admettre ce que rapporte M. Demoly dans son n° 1265, t. 1er : « Une adjudication sur enchères est un acte de l'autorité publique qui ne peut être fait que par les *fonctionnaires* que désigne la loi. » Exacte pour les meubles, cette proposition ne l'est pas pour les immeubles. Aucune loi n'enlevant à un paticulier le droit de vendre aux enchères ses propres biens immobiliers, la liberté des conventions doit être respectée.

Mais le propriétaire vendeur pourrait-il adjuger, à la suite d'un cahier des charges commun, les immeubles mis en vente à chacun des derniers enchérisseurs, comme le font les notaires, et comme il se pratique à l'audience des criées devant les tribunaux, sauf à signer en double, avec chacun d'eux, la convention qui le concerne personnellement ? Nous ne le pensons pas. L'arrêt, dans son premier considérant, semble entrevoir la question, mais il ne la tranche pas ; et quant à nous, nous croyons qu'il faudrait autant d'actes sous seings-privés, faits doubles, qu'il y aurait d'acquéreurs divers, et que si ces différents actes se référaient à un cahier de charges commun, il serait prudent que ce cahier de charges fût gardé dans un dépôt public. A défaut de cette précaution, chacun des actes sous seings-privés devrait contenir l'énonciation complète des conditions de la vente. *A fortiori*, devrait-il en être de même si l'on énonçait que la vente est faite aux conditions d'un cahier d'enchères d'une date déterminée, existant dans telle ou telle étude, mais qui se référerait à des biens mis en vente par un étranger, le dépositaire ne pouvant donner communication de ses actes qu'aux parties intéressées, puisqu'alors le vendeur et l'acquéreur, dans un pareil contrat, leurs hoirs ou ayants cause seraient dans l'impossibilité de connaître les conditions qu'ils ont voulu adopter.

Ajoutons, sur ces ventes publiques d'immeubles, ces divers renseignements pratiques, qui nous sont pour la plupart fournis par la jurisprudence, savoir :

a — Lorsqu'au cours d'une procédure de vente judiciaire d'immeubles, un avoué cesse d'occuper, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, et est remplacé par un confrère, il n'en a pas moins droit, après l'adjudication, à la remise allouée aux avoués sur le prix d'adjudication, au prorata de la part qu'il a prise dans l'instance. (Trib. de Marseille, 3 août 1867, S. V. 68, 2, 321.)

b — Dans le cas où le cahier des charges d'une vente publique d'immeubles oblige l'adjudicataire à payer en sus de son prix une somme déterminée pour frais de publicité, la réduction de ces frais par la taxe profite, non pas à cet adjudicataire, mais bien au vendeur. (Orléans, 10 juin 1864, S. V. 65, 2, 255.)

c — Les avoués de première instance ont le droit exclusif de remplir les formalités

qu'il vient d'être dit, elle aura totalement cessé d'exister,

préalables aux ventes judiciaires de biens immobiliers renvoyées devant notaire, lors même que ce renvoi a lieu par un arrêt infirmatif ; les avoués d'appel ne peuvent prétendre que c'est à eux seuls qu'il appartient de suivre l'exécution de l'arrêt infirmatif. (Trib. de la Seine, 15 mars 1843, S. V. 43, 2, 238; Besançon, 13 fév. 1873, S. V. 73, 2, 176 et la note. — Voir aussi M. Bioche, *Diction. de procédure*, mot VENTE JUDICIAIRE D'IMMEUBLES, n° 184. Comp. art. 472, 954 et suiv. C. pr. civ.)

d — Plusieurs arrêts de la Cour de cassation (voy. cass. 7 déc. 1847, S. V. 48, 1, 129; civ. cass. 5 juillet 1853, S. V. 53, 1, 650) et un arrêt de la Cour de Nancy, du 28 mars 1874 (S. V. 74, 2, 243 et la note), qui revient avec raison sur sa propre jurisprudence (voir Nancy, 28 mars 1844, S. V. 44, 2, 629) ont, conformément aux art. 955, 957, n° 4, du C. de pr. civ., et 18 de l'ordonnance du 10 octobre 1841, déclaré nulles : 1° en tant que modifiant la mise à prix sans l'intervention du juge, la clause qui, insérée dans le cahier des charges rédigé par le notaire, commis en matière de vente judiciaire d'immeubles, fixe un tant pour cent pour tous frais postérieurs à la vente, et établit ainsi une sorte de forfait, en ce qu'il est stipulé que les adjudicataires paieront tant pour cent du prix d'adjudication pour tous frais postérieurs au jugement qui ordonne la vente, forfait dont le résultat final doit tourner au profit ou à la perte des vendeurs ou des créanciers inscrits, dans la proportion de la différence entre le tant pour cent et la taxe ; 2° la clause qui attribue au notaire, en vertu d'une stipulation mise à la charge de l'adjudicataire, des droits supérieurs à ceux énoncés en l'ordonnance de 1841 précitée, tels, par exemple, qu'un droit de recette de tant pour cent sur le montant du prix d'adjudication. — La nullité de ces deux clauses étant absolue et d'ordre public, elle peut être invoquée par tous les intéressés, et l'adjudicataire, qui a payé en s'y conformant, peut exercer contre le notaire la répétition de l'indû. — La Cour suprême a rejeté le pourvoi contre l'arrêt précité de Nancy, le 7 avril 1875. (Ch. req., S. V. 75, 1, 175.) Elle a décidé que la seconde clause indiquée est également nulle, comme constituant un moyen détourné pour le notaire d'échapper à la taxe, et que l'arrêt qui déclare ladite clause, œuvre du notaire, contraire à la loi et à l'ordre public, exprimant d'une manière suffisante que le notaire n'a pu recevoir de bonne foi le supplément d'honoraires auquel il n'avait pas droit, il a pu être justement condamné aux intérêts de la somme sujette à restitution, à partir du jour de sa réception indue. (Art. 1153 et 1378 du C. civ.) — Nous devons ajouter toutefois que l'usage constant dans la pratique notariale reconnaît la légitimité de la clause par laquelle les notaires stipulent un droit de recette de tant pour cent sur le montant du prix des adjucications auxquelles ils procèdent. (Voy. note 2, sous req. rej. 22 juill. 1878, S. V. 79, 1, 249.)

e — Enfin, eu égard aux ventes judiciaires d'immeubles, voici un intéressant et précieux renseignement que nous puisons dans le rapport présenté par le Garde des Sceaux au Président de la République sur l'administration de la justice civile pendant l'année 1875 : c'est que les tribunaux du Midi confient rarement les adjudications à des notaires. « Ainsi », dit M. le Ministre de la Justice, « sur 4260 ventes ouvertes dans les ressorts d'Agen, d'Aix, de Bordeaux, de Montpellier, de Nîmes, de Pau et de Toulouse, 326 seulement ont été renvoyées devant les notaires ; c'est une proportion de 7 pour 100, près de huit fois plus faible que celle que l'on relève pour les ressorts du Nord, de l'Est et de l'Ouest. » (Voir, pour plus de détails, la *Gaz. des Trib.* du 11 janv. 1878, p. 33, col. 4, *Ventes judiciaires*, et p. suiv.) — Comme on le voit, il existe sur ce point une divergence considérable dans les différentes contrées de la France, et cette divergence nous paraît d'autant plus regrettable qu'elle ne se manifeste pas seulement du Midi au Nord, mais parfois d'arrondissement à arrondissement. Ainsi, dans le ressort de la Cour d'Orléans, nous connaissons deux tribunaux

par suite de la disparition même de l'hypothèse signalée.

---

voisins, dont l'un renvoie *toujours*, et dont l'autre ne renvoie *jamais* devant notaires les ventes sur lesquelles la justice est appelée à intervenir.

Constatons, d'ailleurs, avec les documents officiels, ce fait important que les ventes renvoyées devant les notaires sont plus favorables aux parties que celles conservées par les tribunaux.

Quelques renseignements de statistique à ce sujet nous ont paru intéressants.

Les 9191 notaires en exercice pendant l'année 1876, ont recu 3.325.080 actes, soit, en moyenne, un peu plus de 362 actes par notaire. Les ventes mobilières figurent dans ces 3.325.080 actes pour le chiffre de 75.665, soit, par notaire, une moyenne de 80 ventes et une fraction ; et les ventes judiciaires d'immeubles pour 14.032, soit, en moyenne, moins de 2 par notaire. (Voir Compte général de la justice civile et commerciale pour l'année 1876, *Gaz. Trib.*, 11 avril 1879, p. 355, col. 3, *Actes notariés.*

De 1872 à 1876, le nombre des ventes judiciaires d'immeubles a diminué de 22 pour 100 ; il s'est encore élevé à 21.333 en 1876.

Les tribunaux, paraît-il, en conservent à la barre plus de la moitié (11.653 en 1876, ou 55 pour 100) et en renvoient 45 pour 100 devant des notaires. (9680 en 1876 ; *eod.*, col. 4, *Ventes judiciaires d'immeubles.*)

En Algérie, il a été procédé en 1876 à 400 ventes judiciaires d'immeubles, chiffre qui n'avait été atteint que deux fois, en 1862 et en 1864.

De ces 400 procédures, 13 seulement ont été confiées à des notaires. (Même rapport, 8e partie, *Gaz.* du 12 avril 1879, p. 359, col. 3, *in fine, Ventes judiciaires.*)

M. le Garde des Sceaux constate également que les enchères ont produit une plus-value de 27 pour 100 ou de 25 pour 100 suivant que les adjudications ont eu lieu à la barre des tribunaux ou devant des notaires. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que dans les ventes sur saisies immobilières, qui sont nombreuses et que les tribunaux sont astreints à faire, sauf au cas de conversion, il est d'usage de fixer une mise à prix très-minime, tandis que pour les ventes renvoyées à des notaires, les parties soumettent toujours à l'approbation des tribunaux une mise à prix se rapprochant en général beaucoup plus de la valeur réelle de l'immeuble.

En ce qui concerne la durée des procédures, les constatations de la statistique sont aussi plus favorables aux notaires qu'aux tribunaux. (*Gaz. des Trib.*, 11 avril 1879, *loc. cit.*, col. 3.)

Quant aux frais des ventes judiciaires d'immeubles, ils sont actuellement excessifs, dans l'un comme dans l'autre mode ; et nous lisons à cet égard, dans l'exposé des motifs du projet de loi sur cette sorte de vente, déposé par M. Dufaure, alors Garde des Sceaux, sur le bureau de la Chambre, le 17 mai 1876, et auquel nous avons déjà fait allusion dans notre note 66 : « Les frais des ventes judiciaires se composent de deux éléments principaux : 1° Les droits perçus par le Trésor (enregistrement, timbre, greffe, hypothèques) ; 2° les émoluments des officiers ministériels ou publics (avoués, huissiers, greffiers, notaires). » Un peu plus loin, l'exposé des motifs demande un sacrifice aux officiers ministériels et aux greffiers et notaires ; il propose « d'admettre en principe que, dans aucun cas, le montant total des émoluments alloués aux officiers publics et ministériels, pour une vente judiciaire, ne pourra dépasser quinze pour cent du prix d'adjudication, sans toutefois être inférieur à quarante francs », et cela afin d'empêcher que la valeur des immeubles ne soit absorbée par les frais toujours très-considérables, pour ne pas dire exorbitants, des ventes judiciaires. Ils s'élèvent, en effet, d'après l'exposé des motifs, à cent vingt-cinq pour cent du prix d'adjudication, si le montant de l'adjudication est inférieur à cinq cents francs. S'il est supérieur à cinq cents francs, mais n'excède pas mille francs, la proportion des frais, relativement au prix, est de cinquante pour cent. Au-dessus de mille, et jusqu'à deux mille francs,

1° La première de ces hypothèses se rencontre à propos de

---

cette proportion est encore de vingt-cinq pour cent !!! (Voir *Gaz. des Trib.* des 21 et 22 janv. 1878, p. 69, coll. 1 et suiv.) Voir, sur les frais des ventes judiciaires, le tableau publié dans le compte général de la justice civ. et comm. pour l'année 1876. (*Gaz. Trib.* 11 avril 1879, p. 355, coll. 3 et 4.) Les indications de la dernière colonne de ce tableau démontrent clairement que, dans les ventes de peu d'importance, les frais absorbent le prix d'adjudication. Ainsi que le fait remarquer M. le Garde des Sceaux (*eod.*, col. 3), « Le vote du projet de loi présenté aux Chambres, le 17 mai 1876, pourra seul remédier à un état de choses essentiellement préjudiciable aux intérêts des petits propriétaires fonciers. » — Consulter, touchant les mêmes renseignements de statistique que ceux qui précèdent, pour l'année 1877 : *Gaz Trib.* des 4, 5 et 6 sept. 1879, *passim*, et *Rev. gén. du dr.*, 1879, p. 608. Voir aussi, sur les ventes judic. d'imm., le *Dict. théor. et prat. de Proc. civ.*, etc., de MM. R. Rousseau et Laisney, t. 8, *h. v.*

2. — Il résulte d'une lettre ministérielle du 17 décembre 1816 que, « depuis le Code de commerce, la vente des meubles et des effets dans une faillite appartient aux commissaires-priseurs, à la différence de celle des marchandises, qui appartient aux courtiers de commerce. » (Demoly, t. 1, n° 1132. *Adde* une circulaire minist. du 25 nov. 1856, *id.*, t. 2, n° 3852, aux termes de laquelle « Les syndics des faillites doivent, conformément à l'art. 489 du C. de com., verser immédiatement à la caisse des dépôts et consignations les deniers provenant des ventes et des recouvrements opérés pour le compte des faillites. ») Il résulte également d'une circulaire du 26 janvier 1822, que « L'officier public qui procède à une vente dont il ne reçoit pas le prix, doit déclarer au pied de la minute du procès-verbal, en le présentant à l'enregistrement, s'il y a ou s'il n'y a pas d'opposition, sous peine d'être poursuivi devant la Chambre de discipline. L'officier public, détenteur des sommes qui doivent être versées dans la caisse des dépôts, peut être révoqué de ses fonctions, s'il n'opère pas ce versement. » (Ordonn. du 3 juill. 1816, art. 2, 7, 9 et 10. — Voy. Demoly, t. 1, n° 1574.)

3. — Une circulaire minist. du 8 nov. 1853 enjoint de « signaler au Garde des Sceaux et *de* poursuivre avec énergie les notaires qui procèdent aux ventes publiques le soir, ou même la nuit, dans des cabarets, où des distributions de boissons excitent les assistants aux enchères, pratique contraire à la dignité du notaire et aux intérêts des justiciables. » (Demoly, t. 2, n° 3643. — Comp. circ. du 17 mai 1821 et du 19 fév. 1844, *id.*, t. 1, n° 1513, et t. 2, n° 3016 *bis* et note 1. — Voir aussi Rolland de Villargues, *Jurispr. du notariat*, t. 17, n° 5976, et loi du 25 ventôse an XI, art. 12.)

4. — Nous savons que cette regrettable et honteuse pratique de distribution de boissons s'est maintenue pendant longtemps ; mais alors, les fonctionnaires ou officiers publics n'avaient, pour procéder à leurs opérations de ventes aux enchères, aucun autre local que celui que les cabaretiers ou aubergistes s'empressaient de mettre à leur disposition.

Il n'y aurait plus aujourd'hui d'excuse possible. En effet, une circulaire du ministre de l'intérieur, du 2 déc. 1854, invite les préfets à recommander aux maires des communes rurales de « mettre les salles de mairie, d'école ou de justice de paix, à la disposition des officiers ministériels chargés de procéder à des adjudications publiques », dans le double but de faire cesser des habitudes fâcheuses, et de faire jaillir une nouvelle source de revenus pour les communes. « Toutefois, » poursuit le ministre, « en pareille matière, l'administration supérieure ne saurait adresser aux maires aucune injonction ; car les conseils municipaux ont, d'après la loi, l'initiative des actes de propriété relatifs aux biens communaux. L'adhésion de ces conseils à la mesure projetée est indispensable, et c'est avec eux que les *officiers publics* auront à débattre les conditions de la location. Mais, pour les éclairer à ce sujet, le préfet peut leur donner connaissance des offres que seraient disposées à faire les chambres des

l'application de l'article 60 du Code de procédure civile, qui con-

---

notaires. » (Demoly, t. 2, n° 3709.) Joignez une autre circulaire ministérielle du 13 nov. 1855 (*ibid.*, n° 3787) qui complète la précédente, en ce qui concerne la condition d'une redevance débattue à l'amiable, en ajoutant : « Les chambres des notaires doivent s'entendre avec les maires de leurs arrondissements, pour fixer le prix de cette location, qui est d'habitude de 0 fr. 25 pour chaque lot adjugé, sans que cette redevance puisse être moindre de deux francs par chaque vente. S'ils éprouvaient quelque obstacle, soit par suite de mauvaise volonté, soit à raison des prétentions exagérées de l'administration municipale, les notaires doivent en référer aux magistrats du ministère public, qui interviendront auprès de l'autorité supérieure. »

Il est une autre coutume que nous ne saurions blâmer avec trop d'énergie, celle que les notaires d'un même canton, parfois aussi de cantons voisins de départements limitrophes (nous en connaissons), ont prise, de se rendre à jour fixe, le jour du marché, au chef-lieu du canton, et de se tenir dans les cafés, dans les auberges ou dans tous autres locaux, à la disposition du premier venu. Ils en font l'annexe de leurs études ; ils y ont bureau ouvert ; et si, au jour périodiquement exact, ils ont une impossibilité absolue de s'y trouver, pour qu'il n'y ait pas d'intermittence, ils y envoient leur clerc. Là s'arrêtent, souvent *inter pocula*, bien des conventions qui sont détournées de l'office auquel elles devraient appartenir, ou pour lesquelles le fonctionnaire, soucieux de sa dignité, devrait attendre sa clientèle dans son cabinet. — Il y a de fréquentes violations des articles 5 et 6 de la loi du 25 ventôse an XI. La moralité se perd, le sentiment du devoir s'étiole, et le respect dû à la profession s'amoindrit dans l'esprit public. Nous voudrions que des répressions sévères vinssent couper court à ces manquements aux devoirs professionnels et à la discipline. Si ces abus ne donnent pas l'éveil à l'action publique, il serait du devoir des Chambres de discipline de faire des enquêtes, et partout où elles rencontreraient l'abus, de le dénoncer elles-mêmes au ministère public, toutes les fois que leur pouvoir de répression se serait trouvé insuffisant ou aurait été méconnu. L'attention des juges de paix devrait, d'ordre supérieur, être sévèrement appelée sur des faits de cette nature, et il serait bon qu'il leur fût enjoint de les révéler tous à l'attention des magistrats du parquet. — Est-il besoin d'ajouter qu'une action en dommages-intérêts pourrait être ouverte aux fonctionnaires qui se trouveraient lésés par les agissements de leurs confrères ? (Comp. *infra*, 7, *in fine*.)

5. — En ce qui concerne les émoluments des fonctionnaires et officiers qui procèdent à des ventes publiques de meubles, une décision ministérielle du 22 sept. 1854 fait la distinction suivante : La vente est-elle pratiquée par suite d'une saisie-exécution, ou s'agit-il d'une vente de meubles dépendant d'une succession ? C'est alors, à l'exclusion de tout autre tarif, l'art. 39 du décret du 16 fév. 1807 qui est seul applicable, en ce sens que le fonctionnaire ou l'officier vendeur a simplement droit à des vacations et ne peut réclamer le droit de six pour cent attribué aux commissaires-priseurs par la loi des 18-20 juin 1843. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 2e série, p. 754 et les notes, et spécialement la note 7. — Comp. trib. de Tours, 1er juill. 1852, S. V. 52, 2, 503 ; req. rej. 30 mai 1854, S. V. 54, 1, 758 et suiv. et les notes ; voir Carré, *De la Taxe en matière civile*, p. 222 ; Chauveau et Godoffre, *Comment. du tarif*, t. 1, nos 181, 182 et 223. *Contrà* deux jugements du trib. de Château-Thierry, 18 août 1847, et du trib. de Nancy, 18 mai 1852, insérés au *Journal des huissiers*. Le premier de ces jugements est aussi rapporté dans Bioche, *Journal de procédure*, t. 17, p. 421 ; — Boucher d'Argis, *Dictionnaire de la Taxe*, mots COMMISSAIRE-PRISEUR, n° 5, et VENTE MOBILIÈRE, n° 9.) Que si, au contraire, la vente est purement volontaire, les émoluments des notaires, huissiers et greffiers sont réglés par les lois des 26 juill. 1790 et 17 sept. 1793. « Toutefois on tolère, dans

cerne uniquement les *officiers ministériels*, et qui, dérogeant en

---

ce cas, » ajoute la décision, « la perception au profit de ces officiers publics, des droits accordés aux commissaires-priseurs par la loi du 18 juin 1843. Mais alors ils ne peuvent réclamer ni droit de transport ni indemnité pour avances faites par eux, par suite de ventes à termes. » (Demoly, t. 2, n° 3701 et la note 3.) — Ajoutons qu'une décision ministérielle du 14 déc. 1855 (*ibid.*, n° 3790) a, conformémen à l'arrêt de rejet du 30 mai 1854, distingué expressément les cas de ventes volontaires, des hypothèses des ventes judiciaires, en ce qui concerne les émoluments des huissiers. Au 1er cas, application des lois de 1790, de 1793, et de 1843 ; au 2e, de l'art. 39 du décret du 16 fév. 1807. Il suit de là, que la vente des marchandises et des effets mobiliers d'un failli, à laquelle procède un huissier, dans les conditions de l'art. 486 du C. de com., présentant les caractères d'une vente forcée, l'huissier ne peut, en l'absence d'un tarif spécial, prétendre pour cette vente qu'au droit de vacation, fixé par l'art. 39 du tarif précité, et non à celui de six pour cent, attribué aux commissaires-priseurs, par la loi de 1843. — Notons encore, sur ce point, que l'art. 2 de la loi du 3 juill. 1861, qui assimile les huissiers aux courtiers, pour les ventes prévues par le C. de com., et leur assure le bénéfice de la même taxe, ne peut être invoqué par eux, qu'autant qu'il existe des courtiers dans le ressort du tribunal ; car, sinon, ils ne peuvent réclamer que la taxe afférente aux huissiers, et telle qu'elle est fixée par l'art. 39 du décret de 1807. (Voy. là-dessus : req. rej. 25 juill. 1871, S. V. 71, 1, 102, et les notes 3 et 4. Comp. sur l'assimilation des huissiers aux courtiers, quant aux ventes ordonnées par la justice consulaire : MM. Chauveau et Godoffre, *op. cit.*, t. 1, n° 380, p. 133.) — Il est encore très-important de connaître, au juste, quel est le caractère exact de la vente publique de meubles, effectuée par un fonctionnaire ou un officier public, et cela au point de vue de sa responsabilité. C'est qu'en effet, il est telles de ces ventes, qui ne peuvent avoir lieu que dans les formes et avec les garanties prescrites par le C. de proc., au titre des saisies-exécutions, nous voulons dire au comptant. Telle serait, par exemple, la vente mobilière faite en vertu d'une autorisation du Président, et sans attribution de qualité, à la requête d'une veuve mineure, et du curateur nommé à sa grossesse. (Art. 393 C. civ.) Il suit de là, que le fonctionnaire ou l'officier public, qui insère, dans le cahier des charges d'une pareille vente, un délai pour le paiement, est responsable, envers les vendeurs, de l'insolvabilité des adjudicataires. (Civ. rej. 19 juin 1872, S. V. 72, 1, 259 et les notes. — Comp., sur le principe, art. 796 C. civ. ; 945, 986 et 989 C. pr. civ. ; et, sur la conséquence, art. 624 et 625 C. pr. civ. Voy. aussi, dans le sens de l'arrêt précité, sur les formalités à remplir pour la vente des effets mobiliers de la communauté, requise par la femme avant de prendre qualité : MM. Persil, *Ventes judiciaires*, n° 647 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, quest. 2508 *ter ;* et enfin, dans la *Revue critique de législation*, t. 14, pp. 303 et suiv., une dissertation de M. Coin-Delisle, sur la forme dans laquelle doit avoir lieu la vente des meubles d'une succession échue à des mineurs.) D'ailleurs, il est à observer que, dans toute vente publique de meubles, l'officier public ou ministériel (il ne peut pas ici être question du notaire), qui a procédé à la vente, est responsable du prix ; et, en cas de saisie, par exemple, il a pour débiteur direct l'adjudicataire des meubles vendus sur saisie, dont le créancier n'est nullement le saisi. De cette idée, un arrêt de Nancy du 28 août 1869 a tiré la conséquence fort juste, que la compensation ne s'opère pas de plein droit, entre le montant du prix des acquisitions faites par l'adjudicataire créancier du saisi, et le montant des sommes dont ce dernier peut être son débiteur. (S. V. 72, 2, 40 et la note 2. — Comp. req. rej. 6 nov. 1860, S. V. 61, 1, 15, et le renvoi de la note 1. — Voy. art. 1240, 1289, 1290 C. civ. ; 625 C. pr. civ.) Ce même arrêt décide que l'officier qui a vendu publiquement des meubles, par suite de saisie-exécution, n'étant

cela, dans un but d'utilité pratique évidente, laquelle se manifeste

---

pas juge de la validité des oppositions formées entre ses mains, sur le prix de cette vente, ne commet aucune faute de nature à engager sa responsabité, en recevant, au pied de son procès-verbal, des oppositions formalisées, après la vente, et surtout alors que des circonstances anormales rendent impossible l'observation des formes légales. (Art. 609 C. pr. civ. Voy. S. V., *loc. cit.*, et note 1.) Un arrêt de la Cour de cass., du 20 janv. 1862 (S. V. 62, 1, 118 et la note), a décidé par là même, que l'officier vendeur engage sa responsabilité et devient passible de dommages-intérêts envers l'opposant, s'il remet au saisissant le prix de la vente, sans tenir compte de l'opposition, sous le prétexte que l'art. 609 du C. de pr. civ. n'aurait pas été observé, par suite de la non signification de ladite opposition au saisissant. — (Voy., au reste, en ce qui concerne la validité des oppositions mentionnées par l'huissier sur le procès-verbal de vente : MM. Thomine-Desmazures, *Comment. C. de pr.*, t. 2, n° 676 ; Chauveau sur Carré, *Lois de la proc.*, t. 4, quest. 2077 *ter ;* Rodière, *Compét. et proc. civ.*, t. 2, pp. 221 et 222.)

6. — On sait que les huissiers avaient prétendu avoir le droit de procéder, à l'exclusion des notaires et des greffiers, aux ventes de meubles faites par autorité de justice, et spécialement de meubles dépendant d'une succession. Ils fondaient cette prétention sur une interprétation restrictive des art. 946 et 986 du C. pr. civ., et 452 du C. civ., contre laquelle on invoquait les lois de 1790, de l'an VII, et l'arrêté du Directoire exécutif de l'an IV, précités. La loi du 5 juin 1851 est venue faire cesser cette lutte d'attributions. (Voir cette loi dans Devill. et Car., *Lois ann.*, 3e série, année 1851, p. 69, et le rapport de M. Paillet. *Adde*, en particulier, sur le droit des greffiers de procéder aux ventes de meubles : Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 654 ; Chauveau sur Carré, *Lois de la pr. civ.*, quest. 3157 ; Bonnin, *Comm. de la pr. civ.*, sur l'art. 946 ; Bioche, *Dict. de pr.*, mot GREFFIER, n° 58 ; De Villepin, dissertation insérée au *Journal de procédure* de Bioche, t. 12, p. 150. Joindre encore un jugement du tribunal de Périgueux du 14 août 1877, *Gaz. Trib.* du 10 oct., p. 980, col. 1, *in fine*, duquel il résulte que les greffiers de justice de paix ont le droit de procéder aux ventes publiques et à l'encan d'objets mobiliers, concurremment avec les huissiers et les notaires, dans les lieux où il n'existe pas de commissaires-priseurs Aucun texte de loi ne leur interdit de déposer dans un local spécial, pour y être vendus, les objets qui leur sont confiés. Ce local peut d'ailleurs être public, ou la propriété privative d'un seul. — Comp. le compte rendu de la just. civ. et comm. pendant l'année 1877, *Gaz. Trib.* 5 et 6 sept. 1879, pp. 865, col. 2, et 869, col. 2) — Tout le monde se rappelle la polémique ardente entreprise avant la loi de 1851, dont il vient d'être question, par les notaires qui prétendaient que, d'après la définition des art. 520 et 521 du C. civ., les fruits et récoltes pendants par branches et par racines devant être réputés immeubles, il avaient seuls qualité pour procéder à leur vente aux enchères. De là de célèbres débats judiciaires, qui donnèrent lieu à de nombreuses décisions, et qui appelèrent maintes fois l'examen de la Cour suprême. Après des variations aussi profondes que répétées, la jurisprudence finit par consacrer la prétention des notaires. (Voir la note 1 sous un jugement du trib. de Bar-le-Duc du 10 mai 1867, S. V. 68, 2, 24 ; Pal. 1868-108 ; Devill. et Gilbert, *Table générale*, mot VENTE PUBL. DE MEUBLES, nos 10 et suiv.; *Rép. gén. du palais*, et *Suppl.*, mot VENTE DE FRUITS ET RÉCOLTES, nos 12 et suiv. Comp. E. Houyvet, *De la concurrence des huissiers, des greffiers, avec les notaires, en fait de ventes publiques de meubles à crédit et des récoltes et arbres sur pied*, 1847, in-8.) C'est alors que la loi de 1851 précitée a été édictée. Son art. 1er tranche la controverse par une sorte de transaction, en décidant que les ventes publiques *volontaires* de fruits et récoltes pendants par racines, et de coupes de bois taillis, seraient faites

tant dans l'intérêt de l'officier créancier, que dans l'intérêt du

---

concurremment par les notaires, commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de justice de paix, même dans le lieu de la résidence des commissaires-priseurs. Mais nous croyons que cette disposition ne s'applique point aux ventes judiciaires, qui demeurent, selon nous, soumises au Code de procédure, ou aux lois spéciales qui les régissent. C'est ce qui nous semble résulter, avec évidence, de la discussion devant l'Assemblée, et de l'introduction très-intentionnelle du mot *volontaire* dans notre disposition. (Voy. Devill. et Car., *Lois ann.*, *loc. cit.*, 1851, p. 70, note 3; et Sir. Vill., notes 2 et 3 qui accompagnent le jugement de Troyes du 18 oct. 1872, cité ci-dessous.) Nous pouvons faire observer, en notre sens, que des arrêts ont reconnu aux notaires seuls, à l'exclusion des huissiers et autres officiers publics, le droit de procéder à la vente publique aux enchères des bois de haute futaie, en vertu de l'art. 1er de la loi de 1851. (*Sic :* trib. de Rouen, 26 janv. 1852, S. V. 52, 2, 410 et la note; trib. de Troyes, 16 mars 1853, S. V. 53, 2, 298; Caen, 16 janv. 1854, S. V. 54, 2, 780 et la note 1, et 26 fév. 1863, S. V. 63, 2, 168 et la note 1. Comp. Devill. et Car., *Lois ann.*, 1851, note 5, pp. 70 et 71.) Le tribunal de Bar-le-Duc (10 mai 1867, S. V. 68, 2, 24) leur a également reconnu le droit exclusif de procéder aux ventes judiciaires de récoltes sur pied, autres que celles faites sur saisie-brandon. (Comp. en ce sens, avant la loi de 1851, Devill. et Gilb., *Table gén.*, mot VENTE PUB. DE MEUBLES, nos 10 et suiv.; et, depuis cette loi, Clerc, *Formulaire du notariat*, t. 1, p. 158; Le Menuet, *Revue crit.*, t. 11, p. 38; *Dict. du notariat*, mot ADJUD., no 55. — *Contra*, depuis la loi précitée, Devill. et Car., *Lois ann.*, année 1851, pp. 69 et suiv.; M. Demolombe, *Distinction des biens*, t. 1, no 157; Lehir, *Comm. de la loi du 5 juin 1851*, p. 11; Deffaux et Harel, *Encyclopédie des huissiers*, mot VENTE DE FRUITS ET RÉCOLTES, no 5. Ces auteurs, encore bien que l'effet de la loi de 1851 ait été restreint, par suite des modifications apportées au projet, aux seules ventes *volontaires*, estiment que la jurisprudence qui avait précédé son apparition, et dont les arrêts ci-dessus rappelés retracent les principes, avait été implicitement condamnée. Tout ce que l'on peut dire en faveur de leur opinion, c'est que la loi de 1851, qui, dans son texte primitif, établissait le régime de la libre concurrence entre les différentes catégories de fonctionnaires et d'officiers publics, pour toutes les ventes publiques d'*objets adhérents au sol, vendus pour en être détachés*, avait pour but de trancher définitivement la controverse au moyen de cette quasi-transaction dont nous avons parlé, et que, ce qui est certain, c'est que, dans l'opinion de la commission, ces ventes devaient être toutes considérées comme mobilières. Voir Devill. et Car., *ubi supra*, année 1851, pp. 69 et suiv.) — Notons toutefois que, si les notaires, les huissiers et les greffiers ont concurrence pour les ventes mobilières, il convient de remarquer qu'à l'exception de celles réglées par la loi de 1851, cela n'a lieu qu'à la condition qu'il n'existe pas de commissaires-priseurs, lesquels ont en effet un privilège général pour toutes les ventes volontaires ou judiciaires, en ce sens qu'ils ont le droit exclusif de procéder à la vente publique des meubles et effets mobiliers, lorsqu'elle doit s'effectuer dans le chef-lieu de leur établissement. A cet égard, l'art. 3 de l'ordonnance du 26 juin 1816 est ainsi conçu : « A compter du jour de leur prestation de serment devant le trib. de 1re inst. dans le ressort duquel ils seront établis, les commissaires-priseurs nouvellement nommés dans les chefs-lieux d'arrondissement feront exclusivement toutes les prisées de meubles et ventes publiques aux enchères qui auront lieu dans le chef-lieu de leur établissement, et ils auront la concurrence pour les opérations de même nature qui se feront dans l'étendue de leur arrondissement, à l'exception des villes où résiderait un commissaire-priseur. — Cette concurrence, pour les commissaires-priseurs établis dans les villes qui ne sont pas chefs-lieux d'arrondissement, se bornera à l'étendue de leur canton. » (Consulter, à

client débiteur (113)*, à la vieille règle *actor sequitur forum rei,*

---

ce sujet, un très-important jugement du trib. civ. de Nantes, en date du 13 fév. 1878, *Gaz. Trib.* du 25 avril, p. 399, col. 2, qui résume très-nettement les diverses dispositions législatives relatives aux prisées de meubles et aux ventes publiques aux enchères, et qui délimite exactement les droits des commissaires-priseurs et des autres officiers dits ministériels. Joindre aussi, en ce qui concerne spécialement la concurrence des commissaires-priseurs et des notaires, un arrêt de rejet de la Ch. des requêtes du 27 mai 1878, *Gaz. Trib.* du 29 mai, p. 517, col. 1, rendu au sujet de l'affaire des notaires de Besançon contre les commissaires-priseurs de la même ville. — Consulter enfin, sur la question de savoir par qui les ventes publiques de meubles doivent être faites, D. Dalloz, *Table alphab. des 22 années*, mot VENTE PUBL. DE MEUBLES, § 2, nos 3 et suiv.; voir, au *Répertoire* de Dalloz, le même mot. — Comp. les décrets de 1790 et de 1793; les lois du 27 ventôse an IX, art. 1er, et du 28 avril 1816, art. 89, 2e al.; l'ordonnance du 26 juin 1816, ainsi que la note 1 de Tripier sous l'art. 946 C. pr. civ.) — Il importe cependant de remarquer que le droit exclusif conféré aux commissaires-priseurs de procéder aux ventes publiques de meubles, dans le lieu de leur établissement (voir, à cet égard, le jugement du trib. de Troyes du 18 oct. 1872, S. V. 73, 2, 22 et les notes), ne met point obstacle à la faculté, pour le propriétaire de ces objets mobiliers, de les transporter dans une commune voisine, à l'effet de les faire vendre par un autre officier public, spécialement par un huissier. (Comp. loi du 27 ventôse an IX, art. 1 et 2; loi du 28 avril 1816, art. 89.) Et le commissaire-priseur, hors de la résidence duquel des meubles ont été ainsi transportés et vendus, n'a d'action en dommages-intérêts, à raison d'un tel fait, ni contre le propriétaire des meubles, ni contre l'huissier qui a procédé à la vente, si d'ailleurs ce dernier n'a employé aucuns moyens illicites pour se faire attribuer cette opération. (Art. 1382 C. civ.; Rouen, 6 nov. 1860, S. V. 61, 2, 122. — Voir, en ce sens: Benou, *Code et Manuel du comm.-pris.*, p. 341; Bioche, *Dict. des juges de paix*, mot VENTE DE MEUBLES, no 27, et *Journal de procédure*, t. 22, art. 6089 et 6188, où ce dernier auteur rapporte dans le même sens un jugement du trib. civ. de St-Omer du 11 janv. 1856.) Peu importerait même, au point de vue qui nous occupe, qu'il s'agît de meubles dépendant d'une succession et que la vente fût poursuivie par un tuteur. Car si l'art. 949 C. pr. civ. engage, il est vrai, la responsabilité du tuteur envers le pupille, en prescrivant qu'en pareil cas, la vente se fasse dans le lieu où sont les effets mobiliers, il ne frappe du moins les effets à vendre, comme on l'a fort bien dit, d'aucun droit de suite, au profit des commissaires-priseurs de ce lieu. (Douai, 13 fév. 1866, S. V. 66, 2, 215 et la note.) — Mais le droit des huissiers de procéder aux ventes mobilières n'existe qu'à l'égard des meubles par leur nature, et non à l'égard des meubles incorporels. (Voir une application curieuse de cette idée, en ce qui concerne la vente de la clientèle d'un moulin et du droit au bail du terrain sur lequel ce moulin est établi, Douai, 12 fév. 1862, S. V. 62, 2, 321; et sur le principe en lui-même, Dutruc, *Partage de succession*, no 201.) Une observation identique a lieu d'être faite, en ce qui concerne les commissaires-priseurs, en ce sens que, pour eux aussi, le droit de vente publique de meubles, qui leur appartient exclusivement, ne s'étend qu'aux meubles corporels, les notaires ayant seuls le droit de procéder à la vente des meubles incorporels. (Voir Devill. et Gilbert, *Table gén.*, mot COMM. - PRIS., no 6; *Tab. décenn.* 1851 — 1860, mot VENTE PUB. DE MEUBLES, no 6; *Tab. décenn.* 1861 — 1870, même mot, no 8; *Rép. gén. Pal.* et *Suppl.*, même mot, nos 42 et suiv.; *Tab. complém.*, même mot, nos 10 et suiv. Joindre M. Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., indust. et marit.*, t. 2, mot COMM.-PRIS., no 36.) De là, l'importance

* Voir note 113, page 90.

posée par l'article 59, 1er alinéa, du même Code, leur confère le

---

de la question de savoir quels sont exactement les meubles par nature. (Voir *infra* l'arrêt de Besançon.) Lorsqu'une vente comprend à la fois des meubles corporels et des meubles incorporels, la règle *accessorium sequitur principale* veut, sauf l'observation qui va être faite, qu'elle appartienne pour le tout aux commissaires-priseurs, à l'exclusion absolue des notaires (loi du 27 ventôse an IX, art. 1 ; ordonn. 26 juin 1816, art. 3), ou à ceux-ci sans aucune intervention de ceux-là, selon que les meubles corporels auront été appréciés former le principal, et les meubles incorporels l'accessoire, ou que l'inverse aura été décidé. C'est là une question de fait, qui dépend de l'appréciation de la partie intéressée, et de celle des tribunaux. (Voir sur toutes ces idées : Paris, 15 juin 1833, S. V. 33, 2, 339 et la note; civ. rej. 23 mars 1836, S. V. 36, 1, 161 et la note; Besançon, 28 juill. 1877, S. V. 78, 2, 133 et la note 5.) — Faisons toutefois remarquer que ces arrêts se placent dans des hypothèses où l'union est tellement intime entre les meubles corporels et les meubles incorporels, qu'on en comprendrait difficilement la disjonction : tels, par exemple, la vente d'un fonds de commerce, avec agencement, marchandises, droit au bail et recouvrements commerciaux ; barque lavandière avec clientèle; droit exclusif à l'édition des œuvres d'un auteur avec les exemplaires déjà parus, etc. Mais, il est bien entendu que, s'il s'agissait de droits incorporels distincts, par exemple d'une créance, fût-elle de très-minime importance, dépendant d'une succession dans laquelle se trouverait un mobilier de grande valeur, le commissaire-priseur vendant les meubles ne pourrait en même temps adjuger la créance ; mais réciproquement, le notaire vendant la créance ne pourrait adjuger les meubles, si un commissaire-priseur résidait sur les lieux.

L'arrêt de Besançon de 1877, confirmé par un arrêt de rejet de la Ch. des requêtes, en date du 27 mai 1878 (S. V. 78, 1, 398 et la note 1-2-3), décide en outre que les commissaires-priseurs, procédant à une vente mobilière, peuvent valablement stipuler, sous leur responsabilité personnelle, un terme de paiement au profit des acquéreurs, et, par suite, insérer au cahier des charges des conditions accessoires de sécurité, telles qu'un cautionnement, une affectation hypothécaire, etc. (Voir lois et ordonn. des 27 ventôse an IX, 28 avril 1816, 25 juin 1841 et 5 juin 1851, ainsi que la note 4 qui accompagne notre arrêt; et comp., en ce sens, req. rej. 6 août 1861, S. V. 61, 1, 682 et la note. Joindre M. R. de Couder, *op. cit.*, *eod.*, nos 25 et 40 ; voir aussi notre note 100.) — Il est indubitable que par affectation hypothécaire on ne peut entendre qu'une promesse authentiquement constatée de fournir hypothèque. Dès lors, un acte notarié devra intervenir pour réaliser cette promesse, et, en cas de refus, un jugement confèrera de plein droit la garantie promise. — Nous avons déjà eu l'occasion de signaler, note 100, qu'il a été jugé de même, à l'égard des huissiers, que, dans les lieux où il n'existe pas de commissaires-priseurs, ils ont le droit de procéder aux ventes publiques de meubles, avec stipulation de terme et de cautionnement. (Voir trib. de Pont-l'Evêque précité, 12 fév. 1867, S. V. 67, 2, 239 et le renvoi. Comp. D. Dalloz, *Table alphab. 22 des années*, mot VENTE PUB. DE MEUBLES, nos 31 à 34 inclus. — Voir aussi trib. de Baume-les-Dames, 30 juin 1853, D. P. 53, 3, 68 ; trib. de Vervins, 3 mars 1859, D. P. 59, 3, 77 ; civ. rej. 19 avril 1864, D. P. 64, 1, 178. Le tribunal de paix de Namur a cependant jugé, le 12 fév. 1854, D. P. 54, 3, 69, que les notaires peuvent seuls insérer dans les procès-verbaux de ventes volontaires de meubles des stipulations de terme ou autres ; mais cette décision a été rendue en Belgique, c'est-à-dire en dehors de l'influence des lois des 25 juin 1841 et 5 juin 1851.) Il convient toutefois d'ajouter que si, d'après les décisions précédentes, les ventes à termes rentrent dans les attributions des commissaires-priseurs, la Cour de cassation, par arrêt du 13 mars 1867 (S. V. 67, 1, 98 et la note 1-2), avait statué que les procès-verbaux rédigés par ces officiers ministériels sont dénués du caractère d'au-

bénéfice de pouvoir assigner les parties, pour le règlement de

---

thenticité quant à la stipulation du terme. Elle considérait la mention inscrite dans de tels procès-verbaux comme ne faisant preuve qu'autant qu'elle a été approuvée par l'acheteur. (*Contra* M. R. de Couder, *op. cit.*, t. 2, mot COMMISSAIRE-PRISEUR, n° 44. Comp. note 4 sous l'arrêt du 27 mai 1878 cité *supra*. — Voir cependant le jugement du trib. de Pont-l'Evêque déjà cité et notre note 100. *Junge* note 1 sous l'arrêt de la Chambre des requêtes du 6 août 1861, et comp. art. 1317 et suiv. C. civ. et D. Dalloz, *Table alphab. des 22 années, verbo cit.*, n°s 29 et 30.) Enfin, depuis, l'arrêt précité de la Cour de cassation du 27 mai 1878 a décidé que les procès-verbaux rédigés par les commissaires-priseurs ont le caractère d'authenticité même quant à la constatation des clauses accessoires de la vente, en ce qui concerne l'étendue et la nature des engagements pris par l'adjudicataire. L'arrêt de 1867 avait, au contraire, jugé que ces procès-verbaux n'ont le caractère d'authenticité qu'en ce qui concerne les ventes au comptant et les déclarations qui s'y rattachent, et que, quant aux ventes à terme, la preuve des obligations prétendues prises par l'acheteur ne résulte pas irréfragablement du procès-verbal du commissaire-priseur. — Au sujet de la prérogative spéciale qui nous occupe (vente publique de meubles par les seuls fonctionnaires, officiers publics et ministériels), il importe encore de noter que le droit exclusif conféré aux commissaires-priseurs et à certains officiers ou fonctionnaires publics de procéder (par concurrence en certains cas) aux ventes publiques de meubles dans le lieu de leur établissement, comprend, d'après un jugement du tribunal de Vassy, du 5 mars 1874 (S. V. 74, 2, 122), la vente aux enchères publiques des bestiaux d'un comice agricole, ce qui entraîne comme conséquence de rendre passible de dommages-intérêts le président du comice qui y aurait procédé. (Voir lois du 27 ventôse an IX, art. 1, et du 28 avril 1816, art. 89.) Et le même jugement décide que le caractère public de la vente ne saurait être écarté, sous prétexte que les enchérisseurs étant admis, sur leur déclaration, séance tenante, à faire partie du comice, les adjudications ont en réalité été faites non à des étrangers, mais exclusivement aux membres du comice. (*Contra*, Paris, 21 juin et 13 juill. 1875, S. V. 75, 2, 316, arrêts d'après lesquels une telle vente est dépourvue de tout caractère public, et, dès lors, ne rentre pas dans les attributions exclusives des commissaires-priseurs. Le premier de ces deux arrêts a en outre jugé que la vente de bestiaux appartenant à un comice agricole constitue une véritable vente et non pas une simple licitation, alors même que les seuls membres du comice peuvent se porter adjudicataires. Le second arrêt a, sur ce point, décidé le contraire, et de ses motifs il résulte encore que, si ladite vente est faite en dehors de toute pensée de spéculation, et dans l'unique but de favoriser les progrès de l'agriculture, elle ne présente aucun caractère commercial, et, dès lors, ne comporte pas l'intervention des courtiers de commerce. (Art. 1, 632 et suiv. C. de com.; loi du 28 mai 1858 ; décr. du 30 mai 1863.) Comp. encore deux arrêts de la Cour suprême du 6 mars 1877, S. V. 77, 1, 291 et la note, et *Gaz. Trib.*, 12-13 mars 1877, p. 248, col. 2, tous deux de la Chambre civile, dont l'un, de cassation, admet que le ministère des commissaires-priseurs est obligatoire pour ces sortes de ventes aux enchères, lorsque la faculté d'enchérir est accordée à la fois aux membres du comice et à toutes personnes, sous la seule condition de déclarer séance tenante qu'elle veut faire partie du comice ; et dont l'autre, de rejet, décide en sens contraire, lorsque cette faculté d'enchérir est rigoureusement limitée aux seuls membres du comice. Voir les lois des 27 ventôse an IX, art 1, et 28 avril 1816, art. 89.)

N. B. Observons encore que, si nous avons reconnu aux notaires le droit de vendre aux enchères, concurremment avec les huissiers et les greffiers de justice de paix, des meubles, effets, marchandises, récoltes, cela tient à ce que la loi du 22 pluviôse an VII, qui les a tous investis de ce droit, n'a pas été abrogée par la loi de ventôse

leurs frais et honoraires, devant le tribunal dans le ressort

---

sur le notariat. Un arrêt de la Cour de Liège, du 20 mars 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 75), l'a ainsi jugé et en a conclu que les actes de vente dressés par les *fonctionnaires* ou *officiers publics* ayant le droit de faire des ventes mobilières aux enchères, constituaient des actes authentiques et faisaient foi comme tels. (Voy. Laurent, t. 19, p. 105, n° 105.)

7. — Enfin il résulte d'une décision ministérielle du 8 janv. 1812, que « Les greffiers des tribunaux de police simple n'ont pas le droit de procéder aux ventes de meubles aux enchères publiques. » (Demoly, t. 1, n° 771.)

Rappelons, en terminant, que, jusqu'à la loi du 25 juin 1841, dont l'art. 1er prohibe « les ventes en détail des marchandises neuves, à cri public, soit aux enchères, soit au rabais, soit à prix fixe, proclamé avec ou sans l'assistance des officiers ministériels » (Devill. et Car., *Lois ann.*, 2e série, p. 683 et notes 1, 2 et 3), une très-vive controverse s'était élevée sur le point de savoir si les commissaires-priseurs avaient qualité pour procéder à ce mode de vente, droit que jusqu'à cette époque la jurisprudence avait assez généralement admis en principe en faveur des négociants ou marchands, ou bien si ce droit ne constituait pas une prérogative exclusive aux courtiers de commerce. De nombreux arrêts avaient consacré le droit des commissaires-priseurs, mais sous la condition de remplir les formalités prescrites aux courtiers de commerce, par les décrets de 1811 et de 1812, et par l'ordonnance de 1819 précités. (Voy. civ. cass. 20 juill. 1829, S. V., C. N., 9, 1, 334 et notes 2 et 3 ; cass. 12 juill. 1836, S. V. 36, 1, 658 ; 24 août 1836, S. V. 37, 1, 359 ; 13 fév. 1838, S. V. 38, 1, 110 ; 30 janv. 1839, S. V. 39, 1, 333 ; 13 mai 1840, S. V. 40, 1, 808 ; 9 déc. 1840, S. V. 41, 1, 32. Comp. Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 1007, note 2 ; Bourges, 14 déc. 1829 ; Paris, 6 juill. 1838, S. V. 38, 2, 295.) Mais, en regard, d'autres arrêts, dont le principe se trouve consacré par la loi de 1841, leur refusaient ce droit d'une façon absolue ; ce dernier système prenait son point d'appui dans une circulaire de M. Portalis, alors ministre de la justice. (Voy. Sirey, ancien recueil, 29, 1, 321. — *Sic :* Bordeaux, 29 janv. 1830 ; Paris, 6 juill. 1838, S. V. 38, 2, 295 ; ce dernier arrêt, pour le cas où, dans la ville où s'effectuait la vente, il y avait des courtiers de commerce.) Cependant, quelques arrêts tranchaient la question en faveur des commissaires-priseurs, sans leur imposer de conditions. (Voy. en particulier Lyon, 21 nov. 1832, S. V. 33, 2, 153 ; Rouen, 17 mars 1840, S. V. 40, 2, 261.) La loi précitée a fait cesser toute difficulté sur ce point. — Un arrêt de la Cour de Rennes, du 16 avril 1861 (S. V. 62, 2, 324), a décidé que la vente des marchandises neuves aux enchères publiques rentre dans les attributions des commissaires-priseurs, lorsqu'elle est destinée aux consommateurs ; mais qu'elle doit, au contraire, être faite par le ministère des courtiers, lorsqu'elle est destinée aux commerçants ; et que peu importe d'ailleurs, à ce point de vue, qu'une partie des marchandises ait été achetée par des particuliers consommateurs, le caractère de la vente devant être déterminé d'après le but que s'est proposé le négociant autorisé à y faire procéder, bien plutôt que d'après son résultat. — Quant à la prohibition elle-même de vendre aux enchères des marchandises neuves, elle doit être restreinte aux marchandises n'ayant pas encore essuyé le moindre service. (Douai, 28 mars 1870, S. V. 70, 2, 84, et les notes ; req. rej. 12 déc. 1871, S. V. 72, 1, 360 et les notes 4 et 5 ; trib. civ. Nevers, 6 août 1879, *Gaz. Trib.* 11 sept., p. 885, col. 2 *in fine*. — Voy., au surplus, sur l'interprétation de la loi de 1841 : Duvergier, *Coll. des lois*, 1841, pp. 369 et suiv. ; Galouzeau de Villepin, *Comm. de la loi du 25 juin 1841*, sur l'art. 1, n° 7 ; Lehir, *Comm. sur les ventes pub. de marchandises neuves*, n° 35 ; Goujet et Merger, *Dict. de droit comm.*, mot MARCH. NEUVES, nos 9 et suiv. ; Bioche, *Dict. de proc.*, mot VENTE DE MARCH. NEUVES, n° 4. — Voir, sur tout ceci, *Jurisp. du* XIXe *siècle.*, Tab. décenn., 1861-1870, par

duquel ils exercent (114) *. De plus, en vertu de l'article 9 du

M. R. de Couder, mot VENTE PUB. DE MEUBLES, pp. 680 et suiv., et, sur les formalités nécessaires à l'accomplissement de ces ventes, Devill. et Gilbert, *Tab. gén.*, même mot, nos 26 et suiv., 49, 52 et suiv., 66.) Echappent encore aux prohibitions portées par ladite loi, aux termes de son art. 2, qui ne distingue pas, les ventes aux enchères publiques, en gros ou en détail, des fruits et comestibles. Dès lors, un arrêt de la Cour de Dijon, du 15 janv. 1874 (S. V. 74, 2, 205 et la note), a pu décider que les ventes en détail, à la criée et aux enchères, des comestibles, au moins de ceux qui servent à la consommation journalière, et dont la conservation est difficile, ne sont pas soumis au monopole des commissaires-priseurs. (Voy., sur ce point, un décret du 22 janv. 1878, Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 285.) Et la Cour de Caen, chamb. correct., par deux arrêts du 3 janv. 1870 (S. V. 71, 2, 41, et la savante note qui accompagne les décisions y apportées), nous semble aussi avoir eu raison de conclure, d'une part, qu'un particulier qui a procédé à cette sorte de vente aux enchères publiques par lots variant de quelques centimes à cinquante francs, n'encourt ni les peines édictées par l'art. 7 de notre loi, ni aucune responsabilité vis-à-vis des marchands de la localité, qui se prétendraient lésés par de semblables ventes, faites, d'après eux, en contravention de la loi ; et, d'autre part, que les courtiers de commerce, ou commissaires-priseurs, ne pouvant faire de ventes en gros par lots d'une valeur inférieure à cinq cents francs, sont irrecevables à se plaindre des ventes effectuées par des particuliers, au-dessous de ce chiffre. (Voy., d'ailleurs, sur le point de savoir ce qu'on doit entendre par *comestibles*, dans le sens de la loi de 1841, et quels sont les comestibles dont la vente à la criée est permise, avec ou sans l'assistance d'officiers publics : cass. 13 mai 1843, S. V. 43, 1, 807, et les deux arrêts précités de Caen et de Dijon. — Comp. aussi Devill. et Gilbert, *Table gén.*, mot VENTE PUB. DE MEUBLES, nos 58 et suiv., et *Rép. gén. Pal.*, mot VENTE DE MARCH. NEUVES, nos 57 et suiv.) L'annotation qui accompagne l'arrêt de Caen, auquel nous renvoyons, établit que la pénalité de l'art. 7 de la loi du 25 juin 1841 n'a pas été abrogée par la législation ultérieure, et est toujours en vigueur. C'est pas suite de ce principe, que la Chambre crimin. de la C. de cass. a décidé, le 15 juill. 1876 (S. V. 76, 1, 331 et les notes 2 et 3), que le courtier est passible des peines édictées par cet article, lorsque, sans autorisation de la justice consulaire, il vend aux enchères des marchandises non portées au tableau, ou lorsqu'il vend des marchandises désignées à ce tableau, mais par lots inférieurs au minimum édicté par la loi, ou enfin lorsque ce courtier, en supposant même la vente autorisée par le trib. de comm., vend par lots inférieurs au min. fixé par le jugement d'autorisation. (Comp., sur ce point, les lois du 28 mai 1858 et du 3 juill. 1861, et les décrets du 12 mars 1856, du 30 mai et du 6 juin 1863.) Le même arrêt tire de cette doctrine cette conséquence très-juridique, que le courtier qui procède ainsi à des ventes publiques, en dehors des conditions légales, et qui, par suite, empiète sur les attributions des commissaires-priseurs, peut être condamné à leur payer des dommages-intérêts, et cela en vertu de l'art. 1382 C. civ., et des lois du 22 pluviôse an VII, du 27 ventôse an IX, art. 1er, du 28 avril 1816, art. 89, et du 25 juin 1841. (Comp. un autre arrêt de la C. de cass., du 10 août 1847, S. V. 47, 1, 807, qui fait application du même principe. Voy. de même Nîmes, 3 mai 1879, S. V. 79, 2, 239 et la note, pour un fait d'immixtion d'un notaire dans les fonctions d'un courtier maritime.)

XII. Un nouveau point de ressemblance entre les *fonctionnaires publics*, les *officiers publics* et *ministériels*, résulte d'une circulaire ministérielle du 24 nov. 1864 (Demoly, t. 2, no 4193), aux termes de laquelle « Les papiers timbrés de toute nature

* Voir note 114, page 90.

décret supplémentaire du Tarif, du 16 février 1807 (115) *, leur

---

et les timbres proportionnels seront vendus par les débitants de tabac à tout le monde, *à l'exclusion des officiers publics et ministériels.* Ces derniers doivent, comme par le passé, s'approvisionner dans les bureaux d'enregistrement. » (Voir l'arrêté du Ministre des finances du 15 nov. 1864.)

XIII. Les *officiers ministériels,* comme les *officiers* et les *fonctionnaires publics,* sont protégés contre les actes de rébellion par les art. 209 et suiv. du C. pén. (Comp. Paris, 15 mars 1843, et un arrêt de Bruxelles du 23 fév. 1833, qui a décidé que les notaires doivent être rangés parmi les *officiers ministériels* dont parle l'art. 209 du C. pén. — Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 23; RÉBELLION, n°s 21, texte et note, et 26. Voy. encore à ce mot, n° 34. Joindre aussi crim. cass. 14 nov. 1878, *Gaz. Trib.* 1er déc., p. 1168, col. 2, en ce qui concerne l'élément constitutif de la rébellion envers un fonctionnaire public.)

Ils sont également protégés contre les outrages, injures, insultes, violences ou voies de fait, par les art. 222 à 233 inclus, et notamment par les art. 224, 230 et suiv. du C. pén. (Bourges, 13 août 1817), dispositions remplacées par la loi du 13 mai 1863, et qui semblent être particulièrement utiles en ce qui concerne les huissiers. (Voir, par exemple, trib. correct. Paris, 20 août 1878, *Gaz. Trib.* du 21, p. 803, col. 1. *Junge Gaz.* des 14-15 oct., p. 1006, col. 4 *in fine.* Comp., sur ce point, Dalloz, *Rép.*, mots PRESSE, n°s 743 et 744, et OFF. PUB. — OFF. MINIST., *ubi supra.*) Notons que, pour que l'outrage ou l'injure soient considérés comme adressés à un *officier ministériel,* par exemple, il faut que ce dernier soit dans l'exercice de ses fonctions. La Cour de cass. vient de faire une application de ce principe, en décidant que la phase de l'ordre amiable, dans une procédure d'ordre, ne comportant pas la présence de l'avoué, pas même celle de l'avoué poursuivant, les outrages ou les injures adressés dans le cours de cette période, à un avoué dont la présence comme avoué est proscrite, ne sont pas adressés à un *officier ministériel dans l'exercice de ses fonctions,* et que, dès lors, l'art. 224 du C. pén. n'est pas applicable. (Crim. cass. 28 ou 29 mars 1879, *Gaz.* du 30, p. 316, col. 2 ; voir aussi *Gaz.* du 13 avril 1879, p. 364, col. 2 ; S. V., 79, 1, 235 et note 1 ; conforme, sur renvoi, Dijon, 14 mai 1879, S. V. 79, 2, 260. Comp. dans Demoly, t. 1, n° 1360.) Remarquons encore qu'un arrêt de cassation du 23 nov. 1877 (*Gaz. Trib.* du 24, p. 1132, col. 1) exige rigoureusement le caractère *public* dans l'outrage dont se plaint le *fonctionnaire public,* pour l'application de l'art. 6 de la loi du 25 mars 1822, qui punit l'outrage *public* aux *fonctionnaires* (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 1073 et suiv.) ; mais la Chambre criminelle décide en même temps qu'à défaut de caractère *public* dans le fait, ce fait peut encore dégénérer en contravention d'injure simple. On trouvera une application récente de cet article 6 dans crim. rej. 2 mai 1878. (*Gaz. Trib.* du 3, p. 428, col. 3. — Comp., sur la matière de l'injure et de l'outrage, M. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage.*) — Ils sont enfin protégés contre les dénonciations calomnieuses par l'art. 373 du C. pén. Voir application trib. correct. Nevers, 16 nov. 1877. (*Gaz. Trib.* 25 nov., Suppl., p. 1138, col. 1 *in fine.*)

XIV. Pareillement, l'art. 258 du C. pén. dispose d'une manière extrêmement générale que « Quiconque, sans titre, se sera immiscé dans des fonctions publiques civiles ou militaires, ou aura fait les actes d'une de ces fonctions, sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans, sans préjudice de la peine de faux, si l'acte porte le caractère de ce crime. » (Comp., en ce qui concerne les agents de change, une instruction min. just. du 14 juill. 1809, Demoly, t. 1, n° 669.) Il est même des lois spéciales, relatives aux officiers ministériels, qui ont prévu le cas d'immixtion dans leurs

* Voir note 115, page 91.

demande est dispensée du préliminaire de conciliation (116).

---

fonctions et ont tiré certaines conséquences des condamnations prononcées de ce chef. C'est ainsi, par exemple, que le 1er alinéa de l'art. 5 de l'arrêté du 27 prairial an x (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 604), porte que ceux qui ont été condamnés pour s'être immiscés dans les fonctions d'agent de change ou de courtier, pourront, par mesure de police, se voir interdire l'entrée de la Bourse.

XV. Nous ajouterons enfin qu'il existe aussi bien des incompatibilités entre les fonctions des *officiers ministériels* proprement dits et certaines autres fonctions, qu'entre celles des *fonctionnaires* ou des *officiers publics*, et certaines autres. Nous nous bornerons à signaler les suivantes, à simple titre d'exemples, en ce qui concerne les personnes connues en pratique sous le nom d'*officiers ministériels*.

a — C'est ainsi tout d'abord qu'il y a incompatibilité entre les fonctions de notaire et celles de directeur de la poste aux lettres (décis. min. just. 5 fév. 1806, Demoly, t. 1, n° 532) ; de commissaire-priseur (ordonn. 31 juill. 1822, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 1077, et instr. min. just. 16 sept. suivant, Demoly, t. 1, n° 1651) ; d'avocat (décis. minist. just. 12 ou 13 juill. 1829, Demoly, *eod.*, n° 2245. — Voir, sur ce point, Rolland de Villargues, *Code du notariat*, t. 1, p. 495 ; Dalloz, *Rép.*, mot NOTAIRE, t. 32, p. 592 et n° 267) ;

b. — Entre celles d'avoué et celles de juge de paix (décis. min. just. 13 oct. 1825, Demoly, *eod.*, n° 1944) ;

c. — Entre celles de greffier et celles de directeur de la poste aux lettres (décis. min. just. 31 mars 1809, Demoly, *eod.*, n° 657) ; de secrétaire de mairie, de sous-préfecture ou de préfecture (décis. min. just. 19 déc. 1826, Demoly, *eod.*, n° 1974) ;

d. — Entre celles de greffier de justice de paix et celles de commissaire-priseur (lettre du min. de la just. du 9 sept. 1822, Demoly, *eod.*, n° 1644) ; d'huissier (décis. min. just. 22 juill. 1830, Demoly, *eod.*, n° 2303) ; d'instituteur communal (décis. min. just. 21 nov. 1838, et 13 janv. 1843, Demoly, t. 1, n° 2724, et t. 2, n° 2953. — Consulter, sur ce point, Faure, *Répert. des Parquets*, t. 1, § 500) ; de médecin (décis. min. just. 10 fév. 1840, Demoly, t. 2, n° 2780) ; de maire (décis. min. just. 26 juin 1841, Demoly, *eod.*, n° 2864) ; de vétérinaire (décis. min. just. 4 août 1843, Demoly, *eod.* n° 2983) ; de receveur des contributions indirectes (décis. min. just. 23 oct. 1846, Demoly, *eod.*, n° 3171) ;

e. — Entre celles d'huissier et celles de percepteur et de receveur des contributions indirectes (lettre min. just. 3 janv. 1807, Demoly, t. 1, n° 566) ; de fabricant, et de porteur de contraintes (décis. min. just. 10 et 15 oct. 1827, Demoly, *eod.*, nos 2111 et 2114) ; de commissaire-priseur (décis. min. just. 28 janv. 1828 et 16 juin 1829, Demoly, *eod.*, nos 2134 et 2240) ; de greffier de justice de paix (décis. min. just. 22 juill. 1830 précité, lettre *d*) ;

f. — Entre celles de commissaire-priseur et celles de greffier de justice de paix (voir lettre *d*) ; de notaire (voir lettre *a*) ; de contrôleur des marques d'or et d'argent (lettre min. just. 20 nov. 1826, Demoly, *eod.*, n° 2036) ; d'huissier (voir lettre *e*).

N. B. — 1° Voyez, sur toutes les ressemblances ci-dessus énoncées, Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., nos 9 à 12 inclus et n° 18. — 2° L'énumération qui précède n'a pas la prétention d'être complète. On pourra trouver d'autres exemples de ressemblances dans les notes suivantes, *passim*.

(113) Voyez Boitard, *op. cit.*, t. 1, p. 110, 11e éd., ainsi que les observations qui accompagnent les arrêts auxquels nous renvoyons dans la note 116.

(114) C'est même là, à vrai dire, plus qu'une faculté concédée ; c'est une véritable règle d'ordre public ; et le tribunal de la Seine nous paraît avoir déduit de ce point de vue une conséquence très-juridique, indiquée ci-dessous.

(115) Comp. art. 49, 5°, *in fine*, C. pr. civ., et Dalloz, *Rép.*, mot CONCILIATION, n° 198.

(116) Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB.— OFF. MINIST., n°s 3 et 21; COMPÉT. CIV. DES TRIB. D'ARR., n°s 157 et suiv. Comp. Boitard, *op. cit.*, Comment. de l'art. 60, t. 1, n°s 144 à 146 inclus, pp. 109 et suiv.; M. Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, t. 1, quest. 278. — La jurisprudence, très-conforme en cela à la théorie qu'elle admet sur le caractère des notaires, applique avec toute raison, car le motif d'utilité est le même, cet article 60 aux notaires. (Dalloz, *Rép.*, mots COMPÉT. CIV. DES TRIB. D'ARR., n° 159; NOTAIRES, n° 229; OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 5, *in fine*. — *Tab. des 22 années*, mot HONORAIRES, n°s 72 et suiv.) D'ailleurs, la confusion entre les *officiers publics* proprement dits et ceux-là mêmes qui participent au caractère de véritables *fonctionnaires publics* et les *officiers ministériels* est si fréquente dans la loi (elle existe notamment dans l'art. 2102, 7°, C. civ., dans l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, 2e et 3e al. — Comp. *supra* note 65), qu'on ne saurait affirmer, au moins sans témérité, pour décider autrement, que l'art. 60 a certainement employé l'expression *officiers ministériels stricto sensu*, et dans un sens absolument technique. Il y a même ici un double préjugé en faveur de la jurisprudence : c'est d'abord qu'il n'y a rien de bien surprenant à voir le Code de procédure, œuvre essentiellement pratique, s'emparer d'expressions plus ou moins bien appropriées, dès là qu'elles sont usuelles; et c'est, en second lieu et surtout, que la disposition spéciale que nous visons répond à des intérêts pratiques trop considérables et trop sérieux (savoir : éviter des pertes de temps et enlever à l'officier créancier le moyen de se soustraire à l'action disciplinaire, à la surveillance et au contrôle des tribunaux auxquels il est attaché), pour ne pas l'étendre à ces fonctionnaires, qualifiés par le langage vulgaire d'un terme inexact, qui est venu comme se refléter dans la loi. Il est au surplus constant en principe aujourd'hui, et cela depuis longtemps, que le bénéfice de l'art. 60 doit être étendu aux notaires. Les auteurs et la jurisprudence paraissent être à peu près unanimes sur ce point. (Voy. Carré, *Lois de la pr. civ.*, t. 1, quest. 276; Thomine-Desmazures, *Comment. du C. de pr.*, t. 1, n° 85, p. 152; Pigeau, *Comment. du C. de pr.*, t. 1, p. 172; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, 2e éd., mot HONORAIRES, n° 241; *Dict. du not.*, même mot, n°s 418 et suiv.; Boncenne, *Théor. de la proc.*, t. 2, p. 258; Favier-Coulomb, *op. cit.*, p. 88, note 7; Boitard, *op. cit.*, t. 1, p. 112 et la note 2; Rodière, *Compét. et procéd. civ.*, t. 1, p. 123; M. Glasson, à son cours, déc. 1873; Chauveau sur Carré, *loc. cit.*, et quest. 276 *bis* [Carré, *Analyse raisonnée du C. de pr. civ.*, et Chauveau, *Comment. du tarif*, introd., p. 127, avaient d'abord émis un avis contraire]; Bioche, *Dict. de pr.*, mots TAXE DES NOTAIRES, n° 11, et *Compét. des trib. civ.*, n°s 46 et suiv.; — Toulouse, 7 août 1819, S. V., C. N., 6, 2, 126 et note 3; cass. 7 mai 1828, Dalloz, *Rec.*, 28, p. 241; Orléans, 15 mars 1832, S. V. 32, 2, 671 et note 1; civ. rej. et civ. cass. 21 avril 1845, S. V. 45, 1, 337 et la note, et 340; Poitiers, 27 janv. 1846, S. V. 46, 2, 461 et la note; cet arrêt infirme un jugement du tribunal civil de La Rochelle du 21 janv. 1845, D. P. 45, 3, 109, qui avait décidé à tort, croyons-nous (voir *infra*), que la demande d'honoraires formée par un notaire doit, lorsqu'elle est inférieure à deux cents francs, être portée devant le juge de paix; civ. cass. 7 déc. 1847, S. V. 48, 1, 129, et 25 janv. 1859, S. V. 59, 1, 104 et la note. — Comp. loi 25 vent. an XI, art. 51; décret 16 fév. 1807, art. 173. Ces deux textes militent puissamment en faveur de l'opinion énoncée, contre laquelle on ne pourrait guère faire valoir que cet argument, à savoir que l'art. 60 C. de pr. ne parle que de frais *judiciaires* et non de frais *extrajudiciaires*. Mais les frais faits par un notaire, bien qu'*extrajudiciaires*, ayant été faits dans le ressort du trib. où ce fonctionnaire exerce, on peut les faire rentrer, sans trop de violence, dans les termes mêmes de la loi. — La jurisprudence applique même l'art. 60 d'une manière très-

libérale en ce qui concerne les notaires. Pour peu que des honoraires soient réclamés par eux, à raison d'actes rentrant dans leur ministère, elle n'hésite pas à se prononcer en faveur de la compétence spéciale établie par cet article. C'est ainsi, notamment, qu'un arrêt de la Cour de Douai du 21 nov. 1876, S. V. 77, 2, 293 et la note 1, a décidé que, les démarches faites par un notaire, en vue d'un acte notarié, qui ne s'est pas réalisé, étant des actes de son ministère, donnant droit à des honoraires, il en résulte que, vu l'art. 60 C. pr. civ., la loi du 25 vent. an XI, art. 51, et le décret du 16 fév. 1807, le tribunal de la résidence du notaire est seul compétent pour statuer sur l'action en paiement de ces honoraires. Il n'est d'ailleurs pas douteux que l'indemnité due au notaire, pour soins donnés à une affaire, et pour démarches faites en vue d'un acte notarié qui ne se réalise pas, lui est due à raison de ses attributions officielles et à titre d'honoraires. Voir, sur ce point, les paroles de M. le conseiller Mestadier, dans son rapport sur une affaire analogue à la précédente, et que la Cour suprême, par arrêt de rejet de la Chambre des requêtes, a tranché le 26 juill. 1832, S. V. 32, 1, 492 et note 2 de la colonne 494. Comp. Alger 20 oct. 1874, S. V. 76, 2, 246; *Dict. du not.*, mot HONORAIRES, nos 99 et suiv.; M. Rolland de Villargues, *ibid.*, n° 71. — *Contra* : Lepage, *Questions*, p. 107; Poitiers, 7 déc. 1830, S. V., C. N., 9, 1, 492.) Tenons donc pour certain que, d'après la doctrine des auteurs, et le dernier état de la jurisprudence, qui offre des solutions diverses sur la question, le tribunal compétent est celui dans l'arrondissement duquel le notaire exerce ses fonctions, lors même qu'il n'est pas celui du domicile du défendeur. (Paris, 21 juill. 1856, S. V. 56, 2, 460 et la note; Rennes, 15 mars 1864, S. V. 64, 2, 112. Comp. Devill. et Gilbert, *Tab. gén.*, mot NOTAIRE, nos 260 et suiv.) La Cour d'Orléans, par arrêt du 12 déc. 1844 (D. P. 45, 4, 306), a même jugé que le tribunal civil est exclusivement compétent, pour connaître des actions touchant les honoraires des notaires, qu'elles soient formées par ceux-ci ou contre eux, et qu'il en est ainsi de la demande en restitution des frais et honoraires payés par une partie à son notaire. — Mais, une fois engagé dans cette voie, il faut se garder d'exagérer. C'est ainsi que la Cour de Bourges, par arrêt du 22 fév. 1842 (S. V. 45, 2, 142), a décidé avec raison que l'art. 59, 1er al., doit reprendre son empire, lorsqu'il s'agit de demandes formées par des notaires à raison d'actes qui ne rentrent pas essentiellement dans leurs attributions officielles, spécialement la rédaction d'actes sous seings-privés. (Voir, en ce sens, MM. Pigeau, *Comment. C. pr. civ.*, t. 1, p. 172; Delaporte, t. 1, p. 6; Lepage, p. 107; Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 277 *ter*, et Suppl., *ibid.*; cet auteur cite en ce sens un arrêt de la Cour de Rennes du 24 juill. 1813; Rolland de Villargues, *loc. cit.*, n° 255, et *Dict. du not.*, *ibid.*, n° 439.) Et un arrêt de la Cour de cassation (req. rej. 21 juin 1865, S. V. 65, 1, 304 et note 1) a statué de même que l'art. 60 C. pr. civ. est inapplicable au cas où la demande est formée par un notaire en remboursement de ses avances, non plus en qualité de notaire, mais comme mandataire ordinaire. (Comp. Paris, 12 mars 1860, S. V. 60, 2, 407.) Nous pensons d'ailleurs, avec l'auteur de la note sus-indiquée, que la même distinction devrait en principe être admise en ce qui concerne les frais et honoraires réclamés par un avoué, ou tout autre officier ministériel, « en qualité, non de mandataire *ad lites*, mais de mandataire *ad negotia*. » (Voir *Rép. gén. Pal.*, et Suppl., mot AVOUÉ, nos 581 et suiv.) C'est là au surplus ce qu'ont formellement reconnu la Cour de cassation, le 8 fév. 1869 (S. V. 69, 1, 203 et le renvoi), à l'égard d'un agréé, et la Cour de Poitiers, le 20 déc. 1876 (S. V. 77, 2, 215 et la note), à l'égard d'un avoué. — Notons ici que l'action en paiement des frais d'actes notariés ne se prescrit que par le laps de 30 ans, et que la remise volontaire au créancier de la grosse d'une obligation fait présumer le paiement, mais que preuve contraire est réservée. (Trib. civ. de la Seine, 3 avril 1878, *Gaz. Trib.* du 16 mai, p. 473, col. 4.

Comp. trib. de Moulins, 23 janv. 1843; Riom, 14 mars 1845, D. P. 45, 4, 307 et 308, et Aix, 18 juill. 1871, D. P. 73, 2, 202.)

C'est en considération de ces intérêts auxquels nous avons fait allusion plus haut, et des motifs d'ordre public qui ont inspiré et dicté la disposition de l'art. 60, que la plupart des auteurs et des arrêts décident que le tribunal civil du ressort est seul compétent, à l'exclusion du trib. de comm., pour connaître de l'action en paiement de frais intentée par un huissier, alors même que ces frais auraient été exposés devant un tribunal de commerce. (Voy. Boncenne, *Théorie de la procédure*, t. 2, p. 253; Carré et Chauveau, *Lois de la proc. civ.*, quest. 277; Thomine-Desmazures, *Comment. sur la pr. civ.*, t. 1, n° 85; Lepage, *Quest. de pr.*, p. 10; Rodière, *Cours de compét. et de proc. en matière civ.*, t. 1, p. 124; M. Colmet-Dâage sur Boitard, *op. cit.*, t. 1, n° 145 *in fine*, note, p. 111; M. Glasson, à son cours, déc. 1873; Deffaux et Harel, *Encyclopédie des huissiers*, t. 4, mot FRAIS ET DÉPENS, n° 267; Dalloz, *Rép.*, mots COMPÉT. CIV. DES TRIB. D'ARR., n° 162, et COMPÉT. COMM., n°s 374 et suiv.; Devill. et Gilbert, *Tab. gén.*, mots FRAIS, n°s 23 et suiv.; TRIB. DE COMM., n° 71; *Tab. déc.*, 1861-1870, mot FRAIS D'ACTE OU DE PROCÉD., n°s 3 et suiv.; *Rép. gén. Pal.*, mot COMPÉT. COMM., n°s 710 et suiv.; *Tab. complém.*, mot FRAIS D'ACTE OU DE PROCÉD., n°s 24 et suiv.; — Colmar, 5 août 1826, S. V., C. N., 8, 2, 275; trib. civ. de la Seine, 20 déc. 1842, Dall., *Rép.*, mot COMPÉT. DES TRIB. CIV., n° 162, note 4; Caen, 10 mai 1843, S. V. 44, 2, 172 et la note; Bourges, 21 août 1843, S. V. 45, 2, 423 et la note; Paris, 10 août 1853, *Journal des huissiers*, t. 35, p. 45; 16 déc. 1854, *ibid.*, t. 37, p. 29; 14 mars 1861, S. V. 61, 2, 352; trib. civ. de Saint-Pons, 5 avril 1865, et arrêt confirmatif de Montpellier du 20 mai suiv., S. V. 65, 2, 160 et note 1; Paris, 14 mars et 22 janv. 1874, S. V. 76, 2, 292 et note 1; enfin, un arrêt de la Cour de Chambéry du 14 juill. 1871, D. P. 73, 2, 87, a décidé dans le même sens que la partie qui a obtenu un arrêt de cass. ne peut réclamer que devant le trib. civ. la restitution des frais qu'elle avait été contrainte de payer, et que cette demande ne peut être jugée ni par la Cour de cass., ni par la Cour de renvoi, ni par le trib. de comm. qui avait été saisi de l'action primitive. — *Contra :* M. Orillard, *Traité de la compét. des trib. de comm.*, n° 240, qui considère, nous n'en voyons pas bien nettement la raison, l'opinion opposée à la sienne, comme contraire à la dignité des trib. de comm.; trib. comm. Bayeux, 26 juill. 1841, S. V. 44, 2, 172; Paris, 22 mars 1851, P. 1852, 2, 369.) Toutefois, un arrêt récent de la Cour de Paris, du 15 nov. 1876 (S. V. 77, 2, 40 et la note), a décidé, contrairement à l'opinion dominante, que l'agent d'affaires qui commande à un huissier, dans l'intérêt de ses clients, des actes de son ministère, faisant acte de commerce, peut être valablement assigné par l'huissier, en paiement du coût de ces actes, devant la juridiction consulaire. (Comp., avec notre art. 60 C. pr. civ., les art. 631 et 632 C. de comm. Voy. aussi cet arrêt dans la *Gaz. Trib.* du 20 janv. 1877, p. 65, col. 1, et le jugement par lui confirmé du trib. de comm. qui le précède. — Joindre, en ce qui concerne la demande en paiement de frais faits par un avoué, dans plusieurs instances qu'il a suivies pour le compte d'un agent d'affaires, au nom de divers clients de ce dernier : Paris, 14 mars 1861, S. V. 61, 2, 352; cet arrêt décide que le trib. de comm. est incompétent pour connaître d'une telle demande, et que peu importe d'ailleurs que le chiffre des frais ait été réglé par une transaction intervenue entre l'agent d'affaires et l'avoué; mais deux autres arrêts, l'un de la Cour de cass., du 31 janv. 1837, S. V. 37, 1, 320, l'autre, de la même Cour de Paris, du 22 mars 1851, P. 1852, 2, 369, avaient précédemment statué en sens contraire.)

De même que nous considérons la juridiction consulaire, composée de tribunaux d'exception, comme incompétente pour statuer sur les demandes en paiement de frais faits dans les affaires jugées par elle, de même regardons-nous également comme non

compétents en cette matière les juges de paix qui, eux aussi, sont revêtus d'un caractère exceptionnel, et qui, d'ailleurs, n'ont aucune surveillance à exercer sur les *officiers* dits *ministériels*. (Voir, en ce sens : M. Leignadier, *Encyc. des juges de paix* de M. Augier, mot HONORAIRES, t. 3, p. 331; toutefois, cet auteur est d'une opinion intermédiaire, et restreint, contrairement à Chauveau, la compét. du juge de paix en matière de dépens, au cas où le montant des frais réclamés rentre dans les limites de la compétence ordinaire. Comp. justice de paix d'Orange, 6 oct. 1851, D. P. 51, 5, 283. Voir surtout, dans le sens indiqué : MM. Coin-Delisle, *Encyclop. des juges de paix*, mot FRAIS ET DÉP., t. 3, p. 231 ; Rivoire, *Dict. du tarif*, mot DÉPENS, p. 150, n° 47; Devilleneuve, en sa note 1 *in fine* précitée de la p. 172 de Sir. Vill. 44, 2; M. Colmet-Dâage sur Boitard, *op. cit.*, t. 1, p. 111, note; Glasson, à son cours précité.) Il a été jugé, en ce sens, que la demande en paiement des frais d'apposition et de levée des scellés et des honoraires pour prisée de meubles ne peut pas être portée par le greffier devant la justice de paix près de laquelle il exerce ses fonctions, alors surtout que le défendeur est domicilié dans un autre canton. (Voy. civ. cass. 26 avril 1848, D. P. 48, 1, 81; trib. de la Seine, 14 mars 1873, D. P. 73, 5, 276.) — Voir toutefois, contre l'opinion sus-énoncée : MM. Pigeau, *Comment.*, t. 1, p. 5, sur l'art. 2, note 3; Thomine-Desmazures, t. 1, n° 182; Boncenne, t. 1, p. 234; Carré, n° 8 *bis*; Chauveau, n° 276 *bis*; Boitard, *op. et loc. citt.*, t. 1, n° 145 *in fine*.

Ajoutons que le bénéfice de la compétence indiquée par l'art. 60 C. pr. civ., non seulement n'est pas restreint aux avoués et aux huissiers, et s'étend aux notaires, comme nous venons de le voir, mais qu'il est encore accordé aux commissaires-priseurs, aux agents de change et aux greffiers. (Dalloz, *Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 21; *adde*, pour les greffiers en particulier, *ibid.*, n° 6, et mot COMPÉT. CIV. DES TRIB. D'ARROND., n° 159.) Et un arrêt de la Cour de Rennes, du 15 mars 1864, en a étendu de même l'application aux courtiers maritimes. (D. P. 64, 5, 196, n° 4, et *Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n°s 4 *in fine* et 21; S. V. 64, 2, 112 et la note. Voir aussi Bordeaux, 11 mai 1864, D. P. 65, 2, 111.) Au reste, la jurisprudence se montre très-large dans l'application de l'exception. Partant de ce principe que la règle de compétence édictée par l'art. 60 C. pr., est générale et absolue (Paris, 19 mai 1855, S. V. 55, 2, 428, et D. P. 55, 2, 215), elle admet avec toute raison, pensons-nous, que la compétence est encore celle déterminée par cet article : 1° dans le cas même où le paiement est demandé non contre la partie, dans l'intérêt de laquelle les frais ont été faits, mais contre la partie adverse (Metz, 15 janv. 1857, S. V. 57, 2, 520); 2° lorsque la demande des frais est formée, non plus contre le client, mais contre l'individu qui s'est porté sa caution (Paris, 21 mai 1847, S. V. 47, 2, 352; Caen, 22 fév. 1848, S. V. 48, 2, 400; Grenoble, 10 déc. 1853, S. V. 56, 2, 105; Rouen, 24 août 1855, S. V. 56, 2, 105; req. 10 juin 1856, D. P. 56, 1, 424; Rouen, 30 juin 1856, anal., S. V. 57, 2, 128; Rouen, 4 mai 1863, D. P., 64, 5, 196, n° 3; S. V. 64, 2, 13) : c'est là un point de jurisprudence (voir Devill. et Gilbert, *Tab. gén.*, mot FRAIS, n° 18; *Tab. déc.*, 1851-1860, même mot, n° 6, et 1861-1870, n° 3; *Rép. gén. Pal.*, Suppl., même mot, n° 549, et les notes qui accompagnent les divers arrêts précités. — Voyez toutefois, en sens contraire : Metz, 12 juin 1849, D. P. 59, 5, 197; Bourges, 5 juin 1844, S. V. 45, 2, 656. Comp. anal. Douai, 16 fév. 1843, S. V. 44, 2, 498); 3° dans le cas encore où l'action est intentée contre un tiers qu'on prétend obligé à un titre quelconque (Grenoble, 10 déc. 1853, D. P. 56, 2, 115; Paris précité, 19 mai 1855, D. P. 55, 2, 215; voyez toutefois : Douai, 9 nov. 1846, S. V. 48, 2, 554; Rouen précité, 30 juin 1856, D. P. 58, 2, 71-72; S. V. 57, 2, 128); 4° ou lorsqu'il s'agit d'une demande formée par un huissier contre un avoué résidant dans un autre arrondissement, en paiement des frais d'actes que cet huissier a signifiés. d'après les instructions de l'avoué, au nom d'un tiers avec lequel il n'a eu aucune relation directe,

et dont l'existence lui était seulement attestée par l'avoué ; le principe de cette dernière solution est consacré par une jurisprudence constante. (Voir Jug. trib. civ. Pau, 11 janv. 1861, S. V. 61, 2, 556 et la note ; Paris, 14 mars 1861, S. V. 61, 2, 352 ; Rouen précité, 4 mai 1863 ; trib. civ. Rennes, 25 août 1863, et arrêt confirm. de la Cour du 28 janv. 1864, S. V. 65, 2, 166. — Comp., en ce qui concerne l'action en paiement des frais faits à la demande, non d'une partie, mais d'un officier minist. d'un autre ressort : Rouen, 30 juin 1856, D. P. 58, 2, 71 et la note. D'après Dalloz, on doit, en pareil cas, en revenir à la compétence ordinaire ; mais il ajoute que la question est controversée. Voy. *Rép.*, mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 21.) Même décision est encore appliquée, au cas où la demande est formée : *a)* soit par l'*officier ministériel*, après qu'il a cessé ses fonctions ; *b)* soit contre lui, même après cette époque, par une action en restitution de frais qu'il aurait indûment perçus ; *c)* soit par son successeur, cessionnaire des recouvrements de l'étude. — ((*a*) Paris, 3 oct. 1810, S. V., C. N., 3, 2, 353 et la note ; Caen, 15 mai 1843, P. 1844, 2, 164 ; Paris, 13 mars 1854, S. V. 54, 2, 248, et 5 mai 1865, S. V. 65, 2, 196, 2e espèce, et la note 2. *Sic :* MM. Bioche, *Dict. de pr.*, mot AVOUÉ, n° 271 ; Chauveau, *Suppl. aux lois de la proc.*, quest. 276. *Contra :* M. Rodière, *De la compét. et de la procédure*, t. 1, p. 124. — (*b*) Aix, 3 mars 1865, S. V. 65, 2, 196, 1re espèce, et la note 2. Comp. M. Chauveau, *loc. cit.* — Ajoutons que, dans ce cas, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel les frais ont été faits, bien que l'ancien *officier ministériel* soit actuellement domicilié dans le ressort d'un autre tribunal ; Paris, 13 mars 1854, précité. — (*c*) Req. rej. 3 juill. 1844, S. V. 44, 1, 502. Comp. le jug. de Pau précité.) Un arrêt de la Cour de Bourges, du 18 déc. 1824 (S. V., C. N., 7, 2, 462), qui a rencontré de nombreux échos dans la doctrine, a décidé que la disposition de notre texte doit s'appliquer aussi à ceux des frais faits par un officier ministériel (un avoué, dans l'espèce), même en dehors de l'instance judiciaire qui lui a été confiée, comme cela se présenterait, par exemple, si cet officier avait, en vertu d'un seul et même mandat, fait des actes de son ministère dans son arrondissement, et avait fait faire à ses frais d'autres actes, en dehors de son ministère. Que si l'art. 60 peut être prorogé aux frais et avances à lui dûs pour raison de ces autres actes qu'il a ordonnés et payés, c'est que sa créance, par cela seul qu'elle résulte d'un seul et même mandat, enfante par connexité une seule et même action, rentrant dans les attributions de la juridiction privilégiée. (Comp. en ce sens : Carré, n° 276 ; *Ann. du notariat*, t. 1, pp. 90 et 116 ; Pigeau, *Comment.*, t. 1, p. 172 ; Thomine-Desmazures, t. 1, p. 152 ; Boitard, t. 1, n° 146, pp. 111 et suiv. ; Boncenne, t. 2, p. 253 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, mot HONORAIRES, n° 112. Voir aussi un arrêt de rejet de la Cour de cass., du 10 août 1831, S. V. 32, 1, 374, d'après lequel il n'est pas nécessaire que l'avoué d'appel se pourvoie, par action principale, devant les juges de première instance, quant à la demande qu'il fait en paiement de frais extraordinaires devant une Cour d'appel déjà saisie, d'ailleurs, d'une demande préalable en paiement de frais ordinaires, taxables et liquidables, sous la condition qu'il y ait connexité reconnue entre les deux demandes, par les juges d'appel.) Il est, au reste, admis en principe que l'action en paiement de frais intentée par un avoué d'appel contre son client, est portée directement devant la Cour, ce qui aboutit à ce résultat remarquable de supprimer l'un des deux degrés de juridiction. (*Sic :* MM. Boitard, *op. et loc. citt.*, et Glasson, à son cours sus-indiqué.) — Enfin, un arrêt curieux de Grenoble, du 10 mai 1852, S. V. 53, 2, 287), interprète l'art. 60 en ce sens que l'attribution de juridiction qu'il confère au tribunal où les frais ont été faits, va jusqu'à emporter à son profit attribution pour prononcer par le même jugement sur le mode de paiement des frais, et notamment, comme dans l'espèce, pour ordonner, par extension de l'art. 1558, 3e al., C. civ., que ce paiement pourra être poursuivi sur les biens dotaux de la femme,

si les frais ont été faits pour la conservation de la dot. (Comp., sur ces divers points : Devill. et Gilbert, *Tab. gén.*, mot FRAIS, nos 13 et suiv., et Gilbert, *C. de pr. ann.*, art. 60, nos 31 et suiv.)

Nous ajouterons que, la loi ne distinguant pas, peu importe la forme qu'affecte la créance (exemple : billet à ordre) de l'officier ministériel ; l'art. 60 doit s'appliquer par cela seul qu'un paiement de frais devient l'objet d'un litige, et M. Chauveau (sur Carré, *Lois de la procédure*, t. 1, quest. 278) dit fort bien à cet égard : « Nous croyons, dans l'esprit de la loi, que l'avoué ne peut pas, en novant sa créance, éviter la compétence, et, par conséquent, le contrôle du tribunal auquel il est attaché. » En d'autres termes, cette disposition s'applique au cas où les frais ont été réglés par un titre quelconque, comme à celui où ils n'ont pas été réglés. (Carré et Chauveau, *op. cit.*, n° 278. *Contra*, Delaporte, t. 1, p. 63. Consulter aussi, sur ce point, un arrêt de la cour de Caen du 28 août 1871, D. P. 72, 5, 256, qui décide que, lorsque les frais faits devant la Cour, par un avoué d'appel, lui ont été réglés en un billet à ordre souscrit par le client, sans novation, le trib. civil est compétent pour statuer sur la demande en reconnaissance de la signature du billet, mais non pour juger la demande en paiement des frais.) Des auteurs ont même conclu à bon droit qu'il résulte du caractère impératif de notre article, qu'une partie serait fondée à décliner la compétence du tribunal de son domicile réel, si elle y était assignée pour frais faits dans le ressort d'un autre tribunal. (MM. Thomine-Desmazures, p. 161 ; Carré et Chauveau, n° 279 ; Boitard, *op. cit.*, t. 1, p. 109 *in fine ;* Rodière, p. 124.) Mais l'incompétence de tout autre tribunal que celui où les frais ont été faits, est-elle d'ordre public, *ratione materiæ*, et doit-elle dès lors être prononcée d'office par les juges ? Nous serions porté à le croire avec M. Glasson (à son cours déjà indiqué), et le trib. de la Seine l'a ainsi décidé par son jugement précité, du 1er oct. 1869. (S. V. 70, 2, 333 ; D. P. 71, 5, 201.) C'est qu'en effet, nous donnons comme fondement à la disposition de la loi dont s'agit, un motif d'ordre public ; si bien que nous n'admettrions pas du tout l'officier créancier à renoncer à une prétendue faveur que nous considérons comme lui étant imposée. (*Sic* M. Glasson.) Les auteurs se prononcent toutefois en sens contraire. (MM. Thomine-Desmazures, *Comment. C. pr.*, t. 1, p. 152 ; Bioche, *Dict. de pr.*, mot COMPÉTENCE, n° 74 ; *Encyclopédie des huissiers*, mot FRAIS, n° 248 ; Rodière, *Compét. et proc. civ.*, 3e éd., t. 1, p. 94.)

Mais il a été décidé que la compétence spéciale établie par l'art. 60 devait cesser de recevoir application dans les hypothèses suivantes : 1° En cas de saisie-arrêt pour sûreté des frais dus à l'officier ministériel ; c'est, a dit un arrêt déjà cité de la Chambre des requêtes (du 10 juin 1856, D. P. 56, 1, 424), au tribunal du domicile de la partie saisie , qu'il appartient de statuer sur la demande en validité ; car l'art. 567 C. pr. civ. n'admet pas d'exception pour le cas prévu par l'art. 60. (Comp. C. règl. de jug., 17 fév. 1817 S. V., C. N., 5, 1, 282, et les notes 5 et 6 ; Metz précité, 15 janv. 1857. Voyez en ce sens : Favard de Langlade, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, § 2, n° 11 ; Roger, *De la saisie-arrêt*, n° 510, pp. 521 et suiv. ; Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 1953 *ter ;* Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 21, et SAISIE-ARRÊT, n° 287.) Notons cependant, à ce propos, un arrêt de la Cour suprême, du 25 août 1813 (S. V., C. N., 4, 1, 427), qui a décidé que la validité d'une saisie-arrêt ne doit être jugée par le juge du trib. du saisi, qu'autant qu'il n'y a pas connexité entre cette constestation et une action déjà portée devant un autre tribunal. (Comp. l'arrêt précité. *Contra :* Roger, *op. cit.*, n° 511 ; Bioche et Gouget, *Dict. de proc.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 78.) — 2° Si la demande est formée contre une partie, qui a perdu son procès, par la partie gagnante, en remboursement de frais payés par cette dernière aux officiers ministériels qui ont exercé pour elle dans l'instance, ce qui revient à dire

2° Les *officiers ministériels* peuvent seuls, en général et en

---

que la partie ne se trouve pas subrogée aux droits des officiers ministériels qu'elle a payés. (Paris, 5 déc. 1840, S. V. 42, 2, 338.) — 3° S'il s'agit d'une action formée par un huissier, en paiement du coût d'un exploit d'appel dont il est signataire, contre l'avoué qui a occupé en première instance pour l'appelant, et fondée sur ce que ce serait par l'ordre de cet avoué que l'exploit aurait été signifié ; cette action est justiciable du tribunal du domicile non de l'huissier, mais de l'avoué. (Bourges, 5 juin 1844, S. V. 45, 2, 656, et D. P. 46, 4, 316.) — 4° Dans le cas où un huissier qui, sans s'être constitué caution de ses clients, a chargé un de ses confrères habitant une autre ville, de signifier des actes pour le compte de ces tiers, ses clients ; comme mandant, c'est devant le tribunal de son propre domicile seul, et non devant celui de l'huissier demandeur, qu'il devra être assigné en paiement des frais de ces actes. (Rouen, 30 juin 1856, S. V. 57, 2, 128.) — 5° Dans l'hypothèse où la contestation, existant non entre le client et son avoué, mais entre le client et le mandataire qu'il a chargé de régler les honoraires de l'avoué, a pour objet le remboursement à ce mandataire des sommes par lui payées en exécution de son mandat (Grenoble, 24 déc. 1868, S. V. 69, 2, 116); dans l'hypothèse où le débat, d'une façon plus générale, ne soulève qu'une question de bonne ou de mauvaise exécution du mandat, et non une question de taxe. (Req. rej. 5 janv. 1869, S. V. 69, 1, 81.) Le premier de ces deux arrêts ajoute, toutefois, qu'en semblable occurrence, l'incompétence du tribunal où les frais ont été faits, n'intéressant pas l'ordre public, serait couverte par le consentement juridiquement constaté du défendeur. — 6° Dans le cas où la demande ne porterait que sur les honoraires, les règles ordinaires de la compétence devraient reprendre leur empire. Car l'art. 60 ne concerne que les frais proprement dits. (Voy. la note mise sous un arrêt de la Cour de cass., req. rej. 1er fév. 1870, S. V. 70, 1, 152, qui décide avec raison que l'art. 60 devrait s'appliquer, si les honoraires sont réclamés en même temps que les frais, par une seule et même demande, accessoirement à ces frais ; voy. toutefois ci-dessous, 8°, un arrêt de Chambéry.) — 7° Dans le cas où des questions étrangères au débat qui est réservé à la juridiction exceptionnelle de l'art. 60, y seraient portées, alors d'ailleurs que, par elles-mêmes, elles ne rentrent pas dans sa compétence. (Voy. application ; Caen, 28 août 1871, S. V. 72, 2, 199 et la note 1.) — 8° Enfin la règle de compétence établie par l'art. 60 n'est pas applicable à la demande en remboursement des honoraires de l'avocat, avancés par l'avoué. (Chambéry, 11 mars 1863, D. P. 64, 5, 196. Comp. toutefois req. précité, 1er fév. 1870.) — Consulter, sur l'autorité compétente pour statuer sur la demande en paiement des frais : *Tab. des 22 années*, par D. Dalloz, mot FRAIS ET DÉPENS, nos 251 et suiv., et *Tab. des 10 années*, par Ed. Dalloz fils et Ch. Vergé, même mot, nos 147 et suiv.

Enfin, nous ajouterons que, comme l'art. 60 n'attribue compétence, en matière de frais, aux tribunaux devant lesquels ces frais ont été faits, que lorsqu'il s'agit de frais faits par les *officiers ministériels* institués auprès de ces tribunaux, il suit de là, tout d'abord, que la demande en paiement de frais échappe à la compétence spéciale qu'il édicte, lorsqu'elle est formée, non plus par l'*officier ministériel* qui les a exposés, mais par une partie qui, ayant dû en faire l'avance, les répète contre le véritable débiteur. (Voir applic. : Nancy, 10 mars 1858, D. P. 59, 2, 95; req. 5 janv. 1869, D. P. 69, 1, 127.) C'est ainsi encore que l'action en paiement des honoraires et déboursés dûs à des experts-arbitres n'est pas de la compétence des tribunaux de commerce devant lesquels les rapports de ces experts-arbitres ont été faits (civ. cass. 26 déc. 1859, D. P. 60, 1, 29), et que notre art. est pareillement inapplicable aux agréés près les tribunaux de commerce, parce qu'ils ne sont pas *officiers ministériels* : simples mandataires recommandés à la confiance des justiciables par le choix des tribunaux con-

principe, prêter leur ministère pour la rédaction des conventions

---

sulaires, ils ne sont revêtus d'aucun caractère public. (Pardessus, *Cours de droit comm.*, t. 5, n° 1348; Thomine, t. 1, p. 152; Carré, n° 277 *bis*; Favard de Langlade, *Rép.*, mot AGRÉÉS, n°s 2 et 4; Horson, *Encyclopédie du droit*, même mot, n° 3; Devill. et Gilbert, *op. cit.*, même mot, n°s 4, 5 et 7.) Il résulte de cette dernière proposition, qu'un agréé près un tribunal de commerce ne peut porter devant ce tribunal les demandes formées pour paiement de frais contre ses clients. Il n'a contre eux qu'une action ordinaire. (Section civ. cass. 5 sept. 1814, S. V., C. N., 4, 1, 608; *junge* 4, 2, 159, l'arrêt cassé de Rouen du 17 juill. 1812; — *adde* : Favard, *Rép.*, mot AJOURNEMENT, § 1, n° 11; Pardessus, *op. et loc. citt.*; Thomine, *Pr. civ.*, t. 1, n° 85; Bioche et Gouget, *Dict. de pr.*, mot AGRÉÉ, n° 16; Despréaux, *Compét. comm.*, n° 530; MM. Devill. et Car., en leurs observations sur l'arrêt de cass. ci-dessus; Rodière, *Procédure et compét. civ.*, t. 1, p. 123; Chauveau sur Carré, n° précité. — D'après M. Colmet-Dâage sur Boitard, en sa note 1 *in fine* de la p. 111, t. 1, « L'agréé doit être considéré comme un mandataire *ad litem*, et les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître de l'action qu'il dirige contre son client. » Il cite en ce sens : Colmar, 12 août 1826, Dall., 27, 2, 129; Bourges, 11 mai 1839, Dall., mot AGRÉÉ, n° 67; Rouen, 20 juill. 1867, Dall., 68, 2, 53.) Nous ne voulons en aucune façon contredire cette manière de voir, qui nous semble on ne peut plus exacte, mais contre laquelle protestent énergiquement les tribunaux de commerce « dans le but de s'attribuer un droit de surveillance sur les agréés », comme le dit M. Colmet-Dâage (*eod.*). Seulement nous ferons observer que la Cour de Paris a, le 14 juin 1833 (S. V. 33, 2, 336), décidé que la juridiction commerciale est compétente pour connaître de l'action de l'agréé en paiement de ses frais, si le client est commerçant, et si le procès se rattache à une affaire touchant son commerce. (Voir art. 631 et suiv. C. de comm. — Comp. en ce sens Nouguier, *Trib. de comm.*, t. 1, p. 129. — Voy. sur tout ceci : Devill. et Gilb., *op. et loc. citt.*, n°s 12 et 13.) La Cour de Riom, par arrêt du 27 fév. 1878 (S. V. 78, 2, 268 et note 1), vient pareillement de décider que l'action en paiement de ses frais et honoraires, intentée par un agréé contre le commerçant qu'il a représenté devant le trib. de comm., est de la compét. du trib. de comm. (Voir art. 631, 632 638 C. de comm.) Telle est l'opinion qui paraît dominer. (Voy. un arrêt de la Cour de cass. du 8 fév. 1869, S. V. 69, 1, 203 et le renvoi, et M. R. de Couder, *Dict. de droit comm., indust. et marit.*, mot AGRÉÉ, n° 61.) — *Quid juris*, et quelle est la juridiction compétente pour connaître de la demande formée pour paiement de frais contre son client, par un avocat à la Cour de cassation? Cette hypothèse, bien que rare, s'est présentée. Elle est assez délicate pour embarrasser problablement les auteurs au point de leur avoir fait garder jusqu'ici, sur sa solution, un silence prudent, le silence de Conrart. Elle nous semble, quant à nous, devoir être tranchée logiquement en ce sens que l'affaire doit être portée devant la chambre des requêtes de la Cour suprême. C'est ainsi que se prononce la Cour de cassation, paraît-il, d'après des renseignements personnels, que M. Glasson a bien voulu communiquer à son cours. Cette manière de voir lui semble, comme à nous, rentrer dans l'appréciation saine de la loi, dont le motif et la base se retrouvent entiers, puisque la Cour de cassation a un pouvoir disciplinaire sur ses avocats.

En ce qui concerne la taxe des frais des notaires, il convient de remarquer que la jurisprudence paraît être aujourd'hui bien fixée en ce sens que si, comme le dit l'arrêt de cassation du 25 janv. 1859 mentionné ci-dessus, l'art. 173 du décret sur le tarif du 16 fév. 1807 n'a pas dérogé à l'art. 51 de la loi de l'an XI, eu égard à l'attribution de juridiction, il a, au contraire, de concert avec l'art. 171, abrogé ce dernier article, dans la partie de sa disposition d'après laquelle il n'y avait lieu de recourir au juge pour la fixation des honoraires des notaires, qu'en l'absence d'un règlement amiable. Il

privées, auxquelles on veut ou l'on doit donner l'authenticité.

---

est maintenant de jurisprudence que les parties sont recevables à requérir taxe, même après avoir fait des honoraires du notaire l'objet d'un règlement amiable. (Voy. d'abord, en sens contraire : Paris, 21 avril 1806, S. V., C. N., 2, 2, 137 ; 13 avril 1809, S. V., C. N., 3, 2, 52, et 4 déc. 1822, S. V., C. N., 7, 2, 133 ; civ. cass. 17 mars 1829, S. V., C. N., 9, 1, 253 ; civ. rej. 27 mai 1829, *eod.*, p. 301 ; Douai, 17 juin 1831, S. V. 35, 2, 491. Comp. Amiens, 9 mai 1823, S. V., C. N., 7, 2, 209, ou 31, 1, 157, et un arrêt de rejet du 12 fév. 1838, S. V. 38, 1, 115. Joindre les notes qui accompagnent ces divers arrêts. — Voy. dans le sens indiqué : civ. rej. 1er déc. 1841, S. V. 42, 1, 221 ; 21 avril 1845, S. V. 45, 1, 337 ; Bourges, 19 avril 1839, S. V. 39, 2, 371 ; Paris, 14 mars 1848, S. V. 48, 2, 644 et la note, et D. P. 49, 2, 54 ; req. rej. 7 mai 1839, S. V. 39, 1, 682 ; 14 mars 1853, S. V. 53, 1, 251 ; Orléans, 7 janv. 1852, D. P. 52, 2, 198 ; Paris, 10 juill. 1852, S. V. 52, 2, 513 ; req. rej. 22 août 1854, S. V. 54, 1, 614, et les notes et observations qui accompagnent ces différentes décisions ; civ. cass. 4 avril 1859, D. P. 59, 1, 161 ; Paris, 30 janv. 1860, D. P. 60, 2, 49 ; req. 2 janv. 1872, D. P. 72, 1, 252 ; Paris, 18 mai 1874, S. V. 74, 2, 208 et le renvoi ; D. P. 76, 2, 56 ; M. Labbé, *in init.* note 1, sous civ. cass. 7 janv. 1879, S. V. 79, 1, 241 ; Nîmes, 4 juin 1879, S. V. 79, 2, 258.) — Il a même été jugé que la taxe des frais et honoraires dûs à un notaire peut être requise par tous ceux qui y ont intérêt, même après règlement amiable, encore que ce règlement aurait été exécuté volontairement (req. 22 août 1854, D. P. 55, 1, 23 ; civ. cass. 4 avril 1859 précité ; Paris, 29 déc. 1859 et 30 janv. 1860, D. P. 60, 2, 11 et 49) ; — ou encore qu'il s'agirait d'actes non tarifés par la loi. (Paris, 10 juill. 1852, D. P. 52, 2, 287 ; req. 14 mars 1853, D. P. 53, 1, 56 ; civ. cass. 4 avril 1859 précité. Joindre, comme applic. : req. 25 mars 1851, D. P. 54, 5, 415. — Consulter, sur ce point, D. Dalloz, *Table des 22 années*, mot HONORAIRES, nos 29 et suiv.) — C'est qu'en effet la taxe des frais et honoraires dûs à un notaire est d'ordre public, et, par suite, elle peut être requise nonobstant toute stipulation contraire. (Civ. cass. 4 avril 1859, D. P. 59, 1, 161 ; Paris, 29 déc. 1859 et 30 janv. 1860 précités, D. P. 60, 2, 11 et 49. Nîmes précité. Comp., comme conséquences du principe posé : Paris, 29 déc. 1859, et, sur pourvoi, req. 20 juin 1860, D. P. 60, 1, 346 ; Bourges, 8 avril 1868, D. P. 71, 5, 212 ; Alger, 26 avril 1872, D. P. 73, 2, 79. Voy. aussi D. Dalloz, *ubi supra*, nos 25 et suiv. — Il convient d'observer ici, qu'en Algérie, la taxe des honoraires des notaires est faite par le tribunal de première instance en chambre du conseil (arrêté minist. du 30 déc. 1842, art. 35), et, d'après l'arrêt de la Cour d'Alger, que nous venons de citer, le tribunal doit taxer les actes des notaires non tarifés par la loi, suivant leur nature et la difficulté de leur rédaction ; il n'est lié ni par l'usage, ni par les règlements ou les tarifs adoptés par les Chambres des notaires.) — Enfin, un arrêt récent de la Cour de cassation a décidé que, s'il est vrai qu'un règlement amiable d'honoraires, intervenu entre un notaire et son client, ne rend pas ce dernier irrecevable à requérir la taxe, néanmoins le client ne peut se prévaloir du défaut de taxe, pour réclamer la restitution de l'intégralité de la somme par lui payée. En pareil cas, le réclamant, d'une part, doit provoquer la taxe, et il ne peut réclamer du notaire que la portion non admise par le juge taxateur de la somme dont il a effectué le paiement ; et, d'autre part, le tribunal saisi de la contestation, et qui est compétent pour taxer les frais du notaire et déterminer à la fois la somme qui peut être due et celle qui peut être sujette à répétition, méconnaît tant les règles du droit que ses pouvoirs, s'il se fonde sur le refus du notaire de faire taxer l'état de ses frais, pour le condamner à restituer toute la somme qu'il a reçue. (Civ. cass. 25 fév. 1878, *Gaz.* des 25-26 fév., p. 189, col. 3.) — Voir enfin une application récente des art. 51 de la loi de ventôse et 173 du décret du 16 fév. 1807 (Tripier, pp. 1324 et 539 *in fine*) dans

C'est en cela spécialement que les notaires, qui sont pour nous des *fonctionnaires publics*, revêtent le caractère d'*officiers ministériels* (117).

---

un arrêt de cassation, du 31 juill. 1878. (*Gaz. Trib.* 2 août, p. 741, col. 1 *in initio.*) — La jurisprudence reconnaît de même que la taxe des honoraires des avoués et des frais exposés par eux est d'ordre public, et peut être réclamée, même malgré tout règlement ou paiement amiable. (Voy. civ. cass. 9 janv. 1872, D. P. 72, 1, 5. Comp. Chambéry, 30 mars 1870, D. P. 71, 2, 72. Voir aussi l'arrêt d'Alger précité.)Elle se prononce enfin dans le même sens, au sujet des huissiers. (Req. 25 juill. 1871, D. P. 71, 1, 155.) — Consulter sur ces questions de taxe, relativement aux notaires: Devill. et Gilbert, *Tab. gén.*, mot NOTAIRE, nos 221 et suiv.; comp. nos 205 et suiv.; Favier-Coulomb, *op. cit.*, p. 87, note 5 ; Favard de Langlade, *Nouveau Répertoire*, mot HONORAIRES, § 2, n° 9; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, même mot, nos 32 et 33, et les deux notes portant le n° 1 dans S. V. 39, 1, 682, et 2, 371, qui accompagnent des arrêts ci-dessus indiqués. — Remarquons encore, à ce sujet, qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 24 juill. 1849 (S. V. 49, 1, 712), a décidé que l'art. 51 de la loi de ventôse n'est applicable que lorsqu'il s'agit de règlement d'honoraires et de fixation de leur quotité, et qu'il cesse de l'être toutes les fois que la contestation porte sur le fond du droit, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de savoir si des honoraires sont réellement dûs. Que si, en effet, la contestation a pour objet les honoraires eux-mêmes et non leur quotité, l'obligation de la taxe préalable n'existe pas. (Douai, 21 nov. 1876, S. V. 77, 2, 293 et le renvoi. Comp. civ. cass. 25 fév. 1878 précité, S. V. 78, 1, 152 et la note 3.)

(117) Voilà pourquoi les juges de paix, jouant le rôle de conciliateurs, ne peuvent pas insérer dans leurs procès-verbaux, pour avoir force d'actes authentiques, les conventions qui n'ont donné lieu entre les parties à aucune difficulté de nature à leur être soumise, et sur l'objet desquelles elles se sont entendues en dehors de leur intervention. En effet, les juges de paix ne sont, à aucun égard, des *officiers ministériels*. (Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 3, et CONCILIATION, n° 375.)

Nous avons vu, qu'à raison même de leur position privilégiée, et du caractère parfois obligatoire de leur ministère, les *officiers* dits *ministériels* doivent prêter leur concours, quand il est requis pour des actes rentrant dans leurs attributions. (Dalloz, *Rép.* mot OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 17 ; voy. une application, quant aux notaires, trib. civ. de Bagnères, 3 avril 1878, *Gaz. Trib.* 22 juin, p. 600, col. 1, et, en ce qui concerne les courtiers maritimes, les deux arrêts de Rouen des 19 fév. 1877 et 9 avril 1878, cités note 208. Voy. *Journal du droit international privé*, 1878, p. 266, mot COURTIER MARITIME, nos 2 et suiv., et p. 496, même mot, nos 1 et suiv., et spécialement n° 5.) Nous avons de même indiqué, note 106, quelle était la voie à prendre pour triompher de leur résistance en cas de refus. — Il est utile d'ajouter ici que celui qui use du ministère d'un officier ministériel, n'est pas, au regard des tiers, responsable des actes de celui-ci, comme il le serait envers eux des actes d'un préposé. (Dalloz, *Rép.*, *eod.*, et mot RESPONSABILITÉ, nos 674 et suiv.) Mais remarquons, en sens inverse, pour ainsi dire, que l'officier ministériel a, plus que tout autre mandataire, le pouvoir d'engager son client ; en cas d'abus de sa part à ce point de vue, ce dernier trouve un remède efficace dans l'action en désaveu. (Art. 352 et suiv. C. pr. civ. ; voy. sur l'art. 352 : Angers, 16 janv. 1879, S. V. 1879, 2, 54 et note 1, et Poitiers, 26 fév. 1879, *Gaz. Trib.* 13 avril, p. 363, coll. 2 et suiv. Joindre : trib. civ. de Constantine, 16 juill. 1879, *Gaz. Trib.* du 15 août, p. 797, col. 1 ; cet important jugement décide que les défenseurs en Algérie, comme les avoués en France, représentant leurs clients en référé en leur qualité d'officiers ministériels et non comme de simples mandataires, art. 93 du tarif, les actes qui leur sont reprochés à l'occasion d'une

3° Au point de vue de l'exercice de l'action disciplinaire, il importe encore, au plus haut chef, d'établir une ligne de démarcation bien tranchée entre les diverses classes de personnes dont nous parlons, les art. 102 et suiv. du décret du 30 mars 1808, qui concernent la discipline des *officiers ministériels*, étant inapplicables aux autres, et spécialement aux greffiers (118).

---

ordonnance de référé sont passibles de désaveu.) Mais maintenant, quand un officier ministériel est-il réputé avoir reçu mandat de s'occuper d'une affaire ? Quand il a reçu les pièces, répondrons-nous avec Dalloz; et il y aura même preuve suffisante de son acceptation à l'égard du client, dans le fait du non-renvoi de ces pièces, après leur réception. (Voy., sur ces diverses propositions : Dalloz, *Rép.*, mots ACQUIESCEMENT, nos 112 et suiv. ; DESAVEU, nos 11 et suiv. ; MANDAT, nos 173 et 186 ; OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 19.) — Les avoués sont déchargés des pièces des procès qu'ils ont eu mandat de soutenir cinq ans après le litige terminé, et, après deux ans depuis l'exécution de la commission ou la signification des actes qu'on leur avait remis, les huissiers en sont pareillement déchargés. (Art. 2276 C. civ. Voir, sur ce point, Dalloz, *Rép.*, mot PRESCRIPTION CIV., nos 23, 27, 1048 et suiv. Comp., en ce qui concerne les greffiers, l'art. 670, 5e al., C. pr. civ., tel qu'il résulte du projet de loi portant modification des art. 656 à 672 de ce Code, *Gaz. des Trib.* du 17 nov. 1878, p. 1117, col. 4.) — Ordinairement, pour les affaires confiées à un officier ministériel, le client élit domicile en l'étude de celui-ci (art. 111 C. civ.) ; l'élection de domicile ainsi formulée s'étend, en cas de remplacement du titulaire, par décès ou autrement, à l'officier ministériel qui lui succède. (Voy. Dalloz, *Rép.*, mot DOMICILE ÉLU, n° 13, et sur le domicile élu en général, MM. Aubry et Rau, t. 1, § 146, pp. 587 et suiv.) Il y a mieux. L'exploit d'assignation ou d'appel doit, on le sait, à peine de nullité, contenir la constitution d'un avoué pour le demandeur, et cette constitution emporte de plein droit élection de domicile chez l'avoué constitué, « à moins d'une élection contraire par le même exploit. » (Art. 61, 1° et 4°, *in fine*, et art. 470 C. pr. civ.; civ. rej. 1er juill. 1878, S. V. 78, 1, 420. Cet arrêt décide, en même temps, qu'à l'inverse, la simple élection de domicile ne peut suppléer à la constitution d'avoué ; mais la question est très-controversée. Voir en sens contraire : Dijon, 16 janv. 1865, S. V. 65, 2, 208 et le renvoi de la note 3.) — Observons enfin que les *officiers ministériels* ne peuvent représenter l'une des parties dans les actes qu'il reçoivent. (Dalloz, *Rép.*, mot MANDAT, n° 65.)

(118) C'est ce qu'a décidé la Chambre des requêtes, le 4 nov. 1823, en se fondant à bon droit sur l'art 62 de la loi du 20 avril 1810. (Dalloz, *Rép.*, mot DISCIPLINE JUDIC., n° 238, texte et note 1. Comp. mot GREFFIER, n° 37.) — De même, les articles indiqués au texte sont sans application relativement aux notaires, vu l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an XI. C'est ce qu'a formellement reconnu une décision ministérielle du 17 juin 1833. (Demoly, t. 1, n° 2477 et note 2. Comp. Rolland de Villargues, *Code du notair.*, p. 506.) Il est remarquable que la jurisprudence, qui se délie si aisément du texte de l'art. 1 de cette loi organique, se trouve enchaînée par cette disposition, puisqu'elle déclare que l'art. 103 du décret de 1808 est inapplicable aux notaires, qui sont des *fonctionnaires publics* et non des *officiers ministériels* dans le sens de ce décret, et que, par suite, le tribunal ne peut se saisir spontanément d'une action disciplinaire pour faute d'un notaire, découverte à l'audience. (Orléans, 22 fév. 1845, D. P. 45, 4, 148 ; joindre : civ. rej. 12 août 1835 ; civ. cass. 29 mars 1841 ; Nîmes, 14 avril 1842, et enfin Rennes, 9 juill. 1834 ; Dalloz, *Rép.*, mot DISCIPL. JUD., nos 245 *in fine*, et 247, texte et note. Comp. Favier-Coulomb, *op. cit.*, p. 92, note 22.) Au

4° Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer d'une manière transitoire (voy. pp. 52 et suiv., et note 95), qu'aux termes de la loi du 26 mai 1819, art. 20, 1er alinéa (119), nul n'est « admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, si ce n'est dans le cas d'imputation contre des dépositaires ou agents de l'autorité, ou contre toutes personnes ayant agi dans un caractère public, de faits relatifs à leurs fonctions. » (120) — C'est encore là

---

reste, on sait qu'une grave question s'est élevée sur l'étendue des pouvoirs disciplinaires des Cours et Tribunaux, à l'égard des notaires et des officiers publics et ministériels, sur le point de savoir si ces Cours et Tribunaux, seuls compétents pour appliquer les peines excédant les limites de la discipline intérieure, possèdent la plénitude de juridiction et peuvent, en conséquence, appliquer les peines de discipline intérieure concurremment avec les chambres disciplinaires et syndicales. (Voir, sur cette question, Dalloz, *Rép.*, mot DISCIPL. JUD., nos 69 et 265 et suiv.) Observons, en terminant, que l'action disciplinaire contre les *officiers* dits *ministériels*, dont les corporations se trouvent placées sous la surveillance de l'autorité judiciaire (Dalloz, *eod.*, nos 241 et suiv.), n'appartient qu'au ministère public. (Loi 20 avril 1810, art. 45; voy., sur ce point, Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 16; DISCIPL. JUD., n° 36. — Comp., *infra*, notes 213 et 214.) Notons que, lorsque le fait est passible à la fois d'une poursuite disciplinaire et d'une poursuite correctionnelle ou criminelle, la décision sur cette dernière n'enchaîne pas, en général, l'appréciation de la juridiction disciplinaire. (Dalloz, *Rép.*, mots CHOSE JUGÉE, nos 521 et suiv.; OFF. PUB. — OFF. MINIST., *ubi supra*. Comp. note 215, *infra*.) Un arrêt de destitution de la Cour de Paris, du 21 mars 1879, vient de confirmer ce principe, dans une affaire grosse de tristesse. Ce même arrêt a décidé que, s'il est vrai que l'action disciplinaire contre un notaire, dont la connaissance est attribuée au tribunal civil, n'est, ni quant à la forme, ni quant aux délais, soumise aux dispositions du Code d'instruction criminelle, les seules formes des procès civils, dont l'observation soit impérieusement exigée, sont celles qui ont pour objet de porter les actes à la connaissance de la partie, de lui ménager les moyens de se défendre et de déterminer le délai dans lequel le recours doit être exercé à peine de déchéance, et que, par conséquent, est recevable l'appel formé au greffe par le ministère public d'une décision disciplinaire, alors que cet acte d'appel a été ensuite signifié à la partie intéressée. (*Gaz. Trib.* 9 avril 1879, p. 347, col. 2; comp., *infra*, note 210.) — Les *officiers ministériels*, comme d'ailleurs les *officiers* ou les *fonctionnaires publics*, sont passibles, indépendamment de l'action disciplinaire, pour les contraventions aux lois fiscales, d'amendes prononcées par les tribunaux civils et recouvrées par voie de contraintes. (Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., *ubi supra*, et PEINE, nos 741, 743 et 756.)

(119) Cet article 20 qui, comme les articles 21, 22, 23 et 24, avait été abrogé d'abord par l'art. 18 de la loi du 25 mars 1822, puis par le décret du 17 fév. 1852, a été, comme eux, remis en vigueur par la loi du 15 avril 1871, art. 3; tous les cinq ont été maintenus par l'art. 6 de la loi du 29 déc. 1875.

(120) Voyez une application : trib. correct. Paris, 23 et 24 janv. 1879. (*Gaz. Trib.* des 24, 25 et 26 janv.) — Un intéressant arrêt de la Cour d'assises des Pyrénées-Orientales, du 24 janv. 1874 (S. V. 75, 2, 177), a étendu l'application de cette disposition au délit d'injures, qu'il a assimilé au délit de diffamation, et a décidé que

une différence considérable qui sépare les officiers ministériels

---

devant la Cour d'assises (aujourd'hui le tribunal correctionnel, loi du 29 déc. 1875, art. 5, 1°, et 7, 1er alin.; voir *infra*, 3°) la preuve par témoins peut être faite par les prévenus du délit d'injures envers un *fonctionnaire public*, à l'effet d'établir la réalité des imputations injurieuses contenues dans un article de journal. (Voy. lois du 15 avril 1871, art. 3, et du 26 mai 1819, art. 20, 1er alin. Joindre décret 17 fév. 1852, art. 28.) Cette doctrine est extrêmement contestable, et nous ne la croyons pas destinée à faire jurisprudence. Nous nous associons complètement, à cet égard, aux savantes critiques dont M. Cauwès a fait suivre cet arrêt. (S. V., *ubi supra*, note 2-3.)

Nous ajouterons que le même alinéa de l'art. 20 de la loi de 1819 portait, relativement à l'hypothèse qui nous occupe : « Dans ce cas, les faits pourront être prouvés par devant la Cour d'assises par toutes les voies ordinaires, sauf la preuve contraire par les mêmes voies. » On avait là l'exemple, assez rare, d'un fait qualifié délit par la loi, et déféré cependant par elle à la Cour d'assises, comme ont été soumis à sa juridiction à bien des époques, et notamment en 1819, et depuis 1870, tous les *délits* de presse en général. (Comp. le début de cette note.)

Il n'est peut-être pas de disposition de loi qui ait été plus souvent en butte aux modifications et ait davantage subi l'influence des fluctuations politiques, que celle de la seconde partie du 1er alinéa de notre art. 20. Sans avoir la prétention de faire ici une nomenclature inutile des changements divers dont il a été l'objet, et des nombreux revirements qu'il a subis, contentons-nous de rappeler :

1° Que le décret du 27 oct. 1870 (art. 1er) restituait au jury, par un retour à la législation de 1819, « la connaissance de tous les délits politiques et de tous les délits commis par la voie de la presse », mis à part, toutefois, les délits d'injures et de diffamation envers les particuliers, qui restaient provisoirement (ce provisoire dure toujours, comme beaucoup d'autres en France) de la compétence des tribunaux correctionnels (Devill. et Car., *Lois annn.*, 7e série, ann. 1871, p. 12.) ;

2° Que la loi du 15 avril 1871 (*iid.*, *eod.*, p. 34), répétant, dans son art. 6, l'abrogation déjà prononcée par le décret précédent (art. 3), du décret du 17 fév. 1852 (mais seulement dans celles de ses dispositions qui lui étaient contraires, crim. rej. 3 et 17 juill. 1874, S. V. 75, 1, 236), ainsi que celle de la loi du 11 mai 1868, remit en vigueur (art. 1er) le chapitre III (art. 16 à 23) de la loi du 27 juill. 1849, et donna de la sorte compétence à la Cour d'assises, pour connaître de tous les délits commis par la voie de la presse, et par les moyens de publication prévus par l'art. 1er de la loi du 17 mai 1819 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 1009), sauf quelques restrictions étendues, par la dernière loi, au profit de la compétence des tribunaux correctionnels (art. 2). Elle ressuscita aussi, par son art. 3, 1er alin., les dispositions des art. 20 à 25 inclus de la loi du 26 mai 1819;

3° Enfin que, quant à la loi récente du 29 déc. 1875 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, ann. 1876, p. 89), dont on n'a pas été sans demander à maintes reprises déjà l'abrogation, elle détermine, dans son titre II, art. 4 à 9 inclus, les juridictions appelées à statuer désormais sur les procès de presse. Cette loi, dernière expression de notre législation sur ce point, réserve à la juridiction correctionnelle, comme l'avait fait le législateur de 1871, le délit de diffamation envers les particuliers, et celui d'injures verbales envers toute personne, même les fonctionnaires publics. Mais, allant plus loin que la loi précédente, elle attribue à la même juridiction la diffamation, l'outrage et l'injure publique, même envers les fonctionnaires et les corps constitués, soit que ces délits aient été commis verbalement, soit qu'ils l'aient été par la voie de la presse. C'est ce qui ressort très-clairement de l'art. 5, 1°, aux termes très-compréhensifs duquel « Les tribunaux correctionnels connaîtront : 1° des délits de diffamation, d'outrage et d'injure publique contre toute personne et tout corps constitué... »

proprement dits des personnes visées par le texte que nous venons de rapporter (121).

(Voy. application récente : Cour d'appel de Paris, Ch. correct., 7 déc. 1878, *Gaz. Trib.* des 9 et 10 déc., p. 1195, col. 1.) De telle sorte qu'aujourd'hui, comme l'a fort bien exprimé M. Dufaure, dans sa très-remarquable et très-instructive circulaire du 7 janv. 1876 (*Journal off.* du 11 ; *Bull. off. min. de la just.*, 1876, p. 1 ; Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, année 1876, p. 93) : « Une seule différence doit être faite, au point de vue de la diffamation, entre eux et les particuliers. La loi, dans un intérêt d'ordre public, protége ceux-ci contre les suppositions diffamatoires, sans s'inquiéter de savoir si elles sont ou non justifiées. La vie publique des fonctionnaires est, au contraire, soumise au contrôle de tous les citoyens. S'ils commettent des abus dans l'exercice de leurs fonctions, c'est un droit pour tous de les révéler, quelquefois même un devoir. Celui qui, ayant imputé à un fonctionnaire un fait déterminé, est traduit devant la justice, doit être admis à faire la preuve de son allégation. L'art. 7 de la loi lui conserve expressément ce droit essentiel ; il pourra faire la preuve devant le tribunal correctionnel, conformément aux art. 20 à 25 de la loi du 26 mai 1819, comme il aurait pu la faire devant la Cour d'assises. » (Devill. et Car., *loc. cit.*, p. 94, col. 1.) Ce n'est pas à dire, toutefois, que la Cour d'assises ait perdu toute compétence en matière de délits de presse. Les faits seraient là, au besoin, pour témoigner du contraire. Mais la circulaire précitée de M. le ministre de la justice a pris soin, d'ailleurs, de dissiper toute espèce de doute à ce sujet. « Tous les délits », y est-il dit en effet, « qui n'ont pas été compris dans l'art. 5 de la loi, seront, comme par le passé, déférés à la Cour d'assises. On peut dire que le jury demeure, pour les délits de presse, le juge ordinaire, en ce sens que la juridiction des tribunaux correctionnels ne peut s'étendre au-delà des exceptions prévues par la loi, et que, si un doute pouvait s'élever sur la limite des deux juridictions, il devrait être résolu en faveur de la compétence du jury..... » Et plus loin : « La volonté du législateur..... n'a point été de sacrifier la juridiction du jury en matière de presse, mais seulement de la restreindre aux délits ayant un caractère vraiment politique ou social, tels que les attaques contre les lois constitutionnelles, l'excitation à la haine et au mépris du Gouvernement, l'excitation à la haine et au mépris des citoyens les uns contre les autres, etc... » (*Ubi supra*, p. 94, col. 2, *in fine*, et col. 3.)

La loi du 29 déc. 1875, en substituant la police correctionnelle au jury, dans un grand nombre de cas qui ne semblaient pas avoir un caractère politique (ex. : publication de fausses nouvelles, cris séditieux, etc.), a eu pour résultat d'amener une réduction très-notable dans le nombre des délits politiques et de presse portés devant les Cours d'assises. Ainsi, il avait été, en moyenne, de 64 de 1871 à 1875, et il est tombé à 7 en 1876. (Renseignement puisé dans le compte gén. de l'admin. de la just. pendant l'année 1876, *Gaz. Trib.* 11 janv. 1879, p. 36, col. 1 *in fine*.) En sens inverse, la même loi a apporté aux tribunaux correctionnels un contingent nouveau d'affaires politiques ou de presse. Ainsi, il avait été jugé par les tribunaux correctionnels en 1872, 1873, 1874 et 1875, 274, 314, 371 et 269 affaires de ce genre. En 1876, 438 ont été soumises à cette juridiction. Est-ce une bien grande preuve de l'amélioration de nos mœurs ? Et une diminution réelle des délits qui nous occupent, due à une plus grande maturité de l'esprit public, ne serait-elle pas cent fois préférable à de simples changements de juridiction, changements dont la fréquence ne paraît pas enfanter le progrès désiré ? (Voy. la suite du même rapport, IIe partie, *Gaz. Trib.* des 13 et 14 janv. 1879, p. 43, coll. 1 et 2, texte et tableau initial.)

(121) Voir, à ce sujet, comme applications du principe émis au texte, les arrêts cités en la note 95, *supra*. (*Junge* les textes indiqués en la note précédente.) Comp.

5° Un cinquième intérêt de notre distinction se rencontre dans cette idée très-générale, que les *officiers* dits *ministériels* sont

---

aussi dans Dalloz, P. 1858, 1, 263, les paroles de M. l'avocat général Guyho qui, pour tenter de concilier des décisions qui ne concordent pas, cherche à établir une distinction assez fugitive, « entre la délégation politique et la délégation civile et purement sociale d'une portion de l'autorité souveraine. » — Il convient de mentionner de même, comme se rattachant directement au sujet qui nous intéresse, deux arrêts de la Cour de cassation, dont le second nous paraît avoir adopté une solution très-contestable.

α. — C'est d'abord un arrêt de rejet de la Chambre crim., du 25 juin 1831 (Dall., *Rép.*, mot PRESSE, n° 1517-2°, texte et note 1), qui a décidé avec toute raison, pensons-nous, que le fait de dire dans un journal qu'un huissier a instrumenté en exécution d'actes publics matériellement faux, ne constitue pas une diffamation envers un *fonctionnaire public*, dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de ses fonctions. (Voir la définition que donne de la diffamation et de l'injure l'art. 13 de la loi du 17 mai 1819. Comp. M. Rolland de Villargues, *Les Codes criminels*, 5e éd., t. 2, *Codes des lois de la presse*, pp. 17 et suiv., commentaire de l'art. 13 sus-indiqué.) Une semblable solution, outre l'intérêt qui s'y attacherait encore aujourd'hui, relativement à la preuve de l'imputation, présentait de plus un intérêt de compétence, sous l'empire des législations qui, comme celles de 1819 (loi du 26 mai 1819, art. 20, 1er al.) et de 1871 (loi du 15 avril 1871, art. 1 et 3), par exemple, n'attribuaient la connaissance au jury du délit de diffamation par la voie de la presse, que pour autant seulement que les personnes qui étaient victimes d'imputations de faits relatifs à leurs fonctions, pouvaient être considérées comme dépositaires ou agents de l'autorité publique, ou comme ayant agi dans un caractère public. En dehors de ces circonstances, c'était au tribunal corr. qu'était réservée l'appréciation de la question. L'art. 14 de la loi du 26 mai 1819 portait, en effet : « Les délits de diffamation verbale ou d'injure verbale contre toute personne, et ceux de diffamation ou d'injure par une voie de publication quelconque contre des particuliers, seront jugés par les tribunaux de police correct., sauf les cas attribués aux tribunaux de simple police. » (Comp. la loi du 15 avril 1871, art. 1 et 2. Voy., sous l'empire de la loi de 1871 : Poitiers, 12 fév. 1875, S. V. 75, 2, 72 et note 4 ; crim. rej. 25 nov. 1875, S. V. 76, 1, 42 et les notes.)

β. — Mais, faute d'avoir bien pénétré l'esprit de la loi de 1819, tel qu'il nous semble résulter des motifs qui l'ont inspirée (voir note 95), la même Chambre criminelle, par arrêt de rejet du 31 déc. 1835 (Dalloz, *loc. cit.*, n° 1518, note 2), a statué que, lorsqu'ils font des actes d'exécution, les huissiers agissent dans un caractère public, et que, dès lors, la preuve des faits diffamatoires qui leur sont imputés, à raison d'actes de leur ministère, peut être faite par tous les moyens ordinaires. (Comp. *supra*, note 68, p. 39.) N'est-ce pas là une contradiction de plus dont se trouve grevé le passif de la jurisprudence, avec ce que nous lui avons vu décider sur la même question, relativement aux notaires, par les arrêts auxquels renvoie le début de la présente note ? (Comp. un arrêt de la Cour de cass. du 14 août 1843, qui considère comme agents de l'autorité, dans le sens de l'art. 16 de la loi du 17 mai 1819, les porteurs de contraintes, que nous rapprochons des huissiers, note 206. — Voy., sur ce point, Rolland de Villargues, *op. et loc. citt.*, p. 24, n° 5, et t. 1, sous l'art. 224 C. pén. ; Chassan, t. 1, p. 442. Voir aussi, *supra*, note 95, et les renvois de la note 94, sur la question de savoir quelles sont les personnes qui doivent être considérées comme agents ou dépositaires de l'autorité publique, en ce qui concerne la diffamation et l'outrage.)

Nous terminerons ce sujet par les deux observations suivantes :

α. — La première, c'est que, dans la matière qui nous occupe, les peines diffèrent

responsables des nullités commises dans les actes pour lesquels ils ont prêté leur ministère (art. 1382 et suiv. C. civ. ; art. 71 et

---

suivant la qualité et le caractère de la personne à laquelle s'adresse le délit. (Voy. loi du 17 mai 1819, art. 9 à 12 inclus, et art. 14 à 20 inclus; Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 1009 et suiv.)

b. — La seconde, c'est que, si nous nous sommes montré d'une absolue sobriété de citations d'arrêts ou jugements, au cours de ces deux dernières notes, cela tient à ce que les fastes judiciaires nous fournissent malheureusement d'innombrables applications de toutes les idées que nous y avons émises. Ceux de 1877, notamment, nous offrent, à cet égard, un spectacle vraiment attristant. Nous avons donc cru pouvoir nous borner à renvoyer nos lecteurs aux sources. Or, ils feront une riche et abondante moisson en se reportant aux tables tant générales que spéciales des recueils de Dalloz et de Sirey, mot DIFFAMATION, et des numéros de la *Gaz. des Trib.* parus en 1877, 1878 et 1879, même mot, et mot OUTRAGE. Ils y pourront joindre, en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit de diffamation, prévu et puni par la loi du 17 mai 1819, et dont l'intention de nuire (Loi de 1819, art. 13 ; Rolland de Villargues, *op. et loc. citt.*, p. 17, § 1er, nos 2 et suiv.; crim. rej. 11 août 1877, S. V. 79, 1, 389 et les notes ; trib. correct. Paris, 22 fév. 1879, *Gaz.* du 8 mars, p. 226, coll. 3 et suiv.; Marseille, 18 nov. 1879, *Gaz.* 1-2 déc., p. 1172, col. 4 ; Laon, 29 nov., *eod.*, p. 1173, col. 2 ; Mont-de-Marsan, 15 déc. 1879, *Gaz.* 31 déc., p. 1272, col. 1) et la publicité (Rolland de Villargues, *eod.*, p. 21, *Commentaire de l'art.* 14) sont au nombre des principaux (voir une application curieuse en ce qui touche la publicité du lieu, *Gaz. Trib.* 21 sept. 1878, p. 923, col. 2, Chr., *in initio;* comp. aussi, sur la *publicité*, Bourges, 14 janv. 1879, S. V. 79, 2, 18, et trib. corr. Paris, 10 fév. 1880, *Gaz.* du 14, p. 150, col. 2) : un arrêt de la Cour d'Amiens, Ch. correct., 25 janv. 1877, S. V. 78, 2, 173 et note 5 ; un arrêt de la Cour de Paris, Ch. corr., 27 avril 1878, et un arrêt de la Cour de Caen, Ch. corr., du 13 mars 1878, S. V. 78, 2, 181 et notes 1 et 2, et l'intéressant rapport de M. le conseiller Dupray de la Mahérie, reproduit au cours de l'article ; trib. corr. Paris, 26 et 27 nov. 1879, *Gaz.* 28 nov. et 4 déc., pp. 1160, col. 4 *in fine*, et 1180, coll. 2 et suiv. — Voir aussi un arrêt de la Ch. crim. de la Cour de cass., du 11 avril 1878 (S. V. 78, 1, 436 et la note), en ce qui concerne la condition de l'allégation ou de l'imputation d'un fait précis pouvant porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne à laquelle il est imputé. (Loi du 17 mai 1819, art. 13. Voir encore, sur ce dernier point : jug. trib. corr. Paris, 8 janv. 1879, *Gaz. Trib.* du 10, p. 30, col. 1 *in fine*, et jug. trib. corr. Saint-Sever, 11 janv. 1879, *Gaz. Trib.* 3-4 fév., p. 115, col. 1 ; Paris, 31 déc. 1879, deux arrêts, *Gaz.* 1er janv. 1880, p. 1, coll. 3 et 4. Joindre : trib. corr. Paris, 10 janv. 1879, *Gaz. Trib.* du 11, p. 37, col. 1 ; trib. corr. du Mans, même date, *Gaz.* du 17 janv., p. 54, col. 4 ; crim. rej. 24 avril 1879, *Gaz. Trib.* du 25, p. 404, col. 4 ; trib. corr. Paris, 11 juin 1879, *Gaz. Trib.* 12 juin, p. 567, col. 1 ; crim. rej. 16 août 1879, *Gaz. Trib.* des 16-17 août, p. 801, col. 4 *in fine*.) En ce qui touche la responsabilité pouvant résulter d'un fait diffamatoire, voy. trib. civ. Lyon, 29 juin 1878. (*Gaz. Trib.* du 12 oct., p. 995, col. 4.) — On pourrait de plus enregistrer, et cela viendrait à l'appui de la réflexion que nous nous sommes permis de faire, fin de la note 120, les renseignements de statistique judiciaire, fournis par le rapport de M. le Garde des Sceaux sur l'administration de la justice en France et en Algérie, présenté en 1877 à M. le Président de la République, pour l'année 1875 (*Gaz. Trib.* 29 août 1877, p. 835, tableau, coll. 3 et 4), et par celui de l'année 1876, 2e partie, *Trib. correctionnels* (*Gaz.* des 13 et 14 janv. 1879, p. 43, coll. 1 et 2, tableau initial.) On trouvera dans ces comptes-rendus que si, dans la période quinquennale de 1872 à 1876 inclus, une très-légère diminution s'est manifestée dans la dernière

1031 C. pr. civ. Comp. art. 1989, 1992 et 1998 C. civ.) (122). C'est ainsi, par exemple, qu'ils répondent de la nullité des protêts

---

année, le nombre des délits de diffamation, d'injure et de dénonciation calomnieuse, prévus et punis par des lois diverses et par l'art. 373 du Code pénal, atteint encore un chiffre vraiment formidable. Hélas! le célèbre arrêt du parlement du 7 avril 1712 qui, à la suite d'un procès mémorable, condamna J.-B. Rousseau à être banni à perpétuité, comme atteint et convaincu de diffamation, n'a pas clos l'ère des revendications de cette nature, où vainqueurs et vaincus laissent parfois un lambeau de leur honorabilité. (Voir, sur le procès de Rousseau, V. Fournel, *Nouvelle biographie générale*, t. 42, col. 728 et Paul Lacroix (bibliophile Jacob), *Le XVIIIe siècle, lettres, sciences et arts* — France — partie de l'ouvrage relative aux cafés de Paris.)

(122) Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 20; RESPONSABILITÉ, n°s 302 et suiv., 452 et suiv., 469 et suiv., 488 et suiv. — Voyez applications récentes : Alger, 9 nov. 1874, S. V. 75, 2, 13 et note 6; civ. cass. 20 déc. 1876, S. V. 77, 1, 249, et la note 1-2; Rouen, 22 août 1878, S. V. 79, 2, 207; req. rej. 10 déc. 1878, S. V. 79, 1, 396 et note 2; req. rej. 15 juill. 1879, *Gaz. Trib.* du 18, p. 697, col. 1, et S. V. 79, 1, 357 et note 1; req. rej. 5 août 1879, *Gaz. Trib.* du 9, p. 777, col. 1; Paris, 5 déc. 1879, *Gaz.* 4 fév. 1880, p. 113, col. 3. — A raison du caractère contesté de certaines personnes comprises par la pratique sous la dénomination unique et commune d'*officiers ministériels*, telles, par exemple, que les notaires (voir notes 82 et suiv.), et les greffiers (voir note 107), il nous semble préférable de chercher le principe de leur responsabilité dans les art. 1382 et 1383 du C. civ. — joindre art. 1989, 1992 et 1998 C. civ. — plutôt que dans d'autres dispositions spéciales de la loi, et notamment que dans l'art. 1031 du C. pr. civ. L'art. 71 du C. pr. civ. confirme d'ailleurs par sa rédaction cette manière de voir, ainsi que l'art. 18 de la loi du 25 ventôse an XI. (Comp. en ce sens, relativement aux greffiers, Dalloz, *Rép.*, mots GREFFIERS, n° 128; OFF. PUB. — OFF. MINIST., *loc. cit.*, *in fine*. *Contra* : Merlin, *Rép.*, mot NULLITÉ, § V - IV *in fine*, et V *in fine*, et Foucher sur Carré, *Organis. et Compét.*, t. 2, p. 362, note.) Cette responsabilité des fonctionnaires et officiers publics est traditionnelle, mais sa mesure et son degré d'intensité, progressivement élevés et aggravés, ont été éminemment variables aux diverses époques du droit. (Comp., par ex., pour le droit romain : L. 1 pr. et § 1 fr. Ulp., *Si mensor fals. mod. dixerit*, D., XI, 6, et L. 29 *in fine*, *De testam. et quemad.*, C. Just., VI, 23; pour notre ancien droit français, en ce qui concerne les notaires : arrêts Parl. de Paris des 7 juill. 1575, 28 juin 1604, 16 fév. 1617, et 30 avril 1633, cités par Brodeau sur Louet, lettre I, § 9; voy. aussi un arrêt du 7 août 1759, rapporté par Denisart, au mot TESTAMENT; en ce qui concerne les procureurs : arrêt Parl. de Paris, 23 déc. 1589, et un arrêt du 26 avril 1644, cités par Merlin, *loc. infra cit.*, n° IV; en ce qui concerne les huissiers et sergents, note 124 *infra*; joindre Merlin, *Rép.*, mot NULLITÉ, § V, I, III, IV et V; et enfin, pour notre droit actuel, notre n° 5 et les notes qui s'y rattachent; J. Leveillé, *Le régime de la bourse;... Responsabilité solidaire des agents de change*, brochure, 1868, extraite de la *Revue pratique de droit français; adde :* Paris, 2 juin 1876, S. V. 79, 2, 33 et suiv.; voir pp. 37 et suiv. et note 9, et p. 39, 1re espèce; loi du 25 ventôse an XI, art. 68; A. Pagès, *De la responsabilité des notaires*; P. Pont, *De la responsabilité des notaires*, 2e éd., 1861, extrait de la *Revue critique de législation*; Rolland de Villargues, *Rép. de la Jurisp. du not.*, 2e éd., t. 8, mot RESPONSABILITÉ; H. Eloy, *De la responsabilité des notaires*; et, d'une manière plus générale, Odilon Barrot, *Resp. des off. minist.*, et F. Laurent, *Principes de droit civ. français*, 2e éd., t. 33, mot RESPONSABILITÉ, et les renvois.

dont ils ont été chargés (123), et c'est par application du même principe, qu'en matière criminelle, l'art. 415 du Code d'instruction criminelle fait peser les frais de la procédure à recommencer sur l'huissier par la faute duquel l'instruction a été entachée de nullité (124). Les officiers ministériels étant d'ailleurs des mandataires salariés, on doit leur appliquer les règles relatives à cette sorte de mandat, notamment l'art. 1992 du Code civil.

---

(123) Dalloz, *Rép.*, mots EFFETS DE COMM., nos 776 et suiv.; OFF. PUB. — OFF. MINIST., *ubi supra.*

(124) Dalloz, *Rép.*, mots HUISSIER, n° 103, et OFF. PUB. — OFF. MINIST., *ubi supra.* Voy. une application récente : crim. cass. 10 janv. 1878, *Gaz. Trib.* 28-29 janv., p. 94, col. 1 ; S. V. 78, 1, 390 et note 4. Voir comme analogie, en ce qui concerne la nullité des exploits : ordonn. d'avril 1667, tit. II, Isambert, t. 19, pp. 106 et suiv. ; deux arrêts des 10 juin 1704 et 12 mai 1705, et l'art. 22 d'un arrêt de règlement du Parlement de Flandre du 16 sept. 1672, cité, comme les deux précédents, par Merlin, *Rép.*, mot NULLITÉ, § V-V. Voir aussi l'arrêt du Parlement de Paris du 1er juill. 1752, cité à la suite. Comp. crim. cass. 5 oct. 1876, S. V. 77, 1, 282. Cet arrêt met pareillement les frais de procédure à recommencer, à la charge d'un greffier, par application de notre art. 415 C. inst. crim. (Voir, d'ailleurs, sur la responsabilité du greffier, en cas d'erreur de sa part, un arrêt de la Cour suprême du 2 juin 1842, S. V. 42, 1, 869.) — Il convient au surplus de noter ici, d'une manière générale, que le caractère particulier dont ils sont revêtus, ainsi que la nature *sui generis* de leur mandat, soumettent les *officiers* dits *ministériels* à une responsabilité très-considérable, qui pèse sur eux d'une manière aussi lourde que rigoureuse. On s'en convaincra aisément en se reportant aux tables des recueils de Dalloz et de Sirey, et à celles de la *Gaz. des Trib.*, mot RESPONSABILITÉ, et en consultant aussi ces mêmes tables à chacun des mots correspondant au titre des divers officiers énumérés par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816. Joindre : Dalloz, *Rép.*, mot RESPONSABILITÉ, *passim;* M. Sourdat, RESPONSABILITÉ, *passim ;* un article de M. Labbé, sous un arrêt de Paris du 12 juin 1866, *Journ. Pal.*, 1867, p. 198, D. P. 67, 2, 33 ; M. C. L. Drouart, *De la responsabilité des notaires*, in-8°, Rennes, Oberthur et fils ; Amiens, 25 juin 1877, *Gaz. des Trib.* 20 juill., p. 702, col. 1 ; req. rej. 20 août 1877, *Gaz.* du 22, p. 811, col. 3 ; Bourges, 22 août 1877, *Gaz.* 6 oct. p. 967, col. 4 ; trib. civ. Sedan, 29 août 1877, *Gaz.* 10 oct., p. 980, col. 2, et le renvoi à la colonne 3 ; req. rej. 21 nov. 1877, *Gaz.* du 23, p. 1127, col. 2, *in initio*, II ; trib. civ. Seine, 4 déc. 1877, *Gaz.* du 19, p. 1217, col. 2 ; req. rej. 20 nov. 1876, S. V. 78, 1, 273 et les notes ; civ. cass. 10 avril 1878, S. V. 78, 1, 466 ; Lyon, 14 juin 1878, S. V. 78, 2, 328 et note 3 ; trib. civ. Laon, 11 mars 1879, *Gaz.* du 16 avril, p. 372., col. 2 et le renvoi. Voir aussi : req. rej. 7 janv. 1878, S. V. 78, 1, 176 et note 3, et 5 fév. 1878, S. V. 78, 1, 149 et la note. — Comp. pareillement, art. 176 C. comm., 707 C. pr. civ., et, sur cet article, req. rej. 14 janv. 1878, S. V. 78, 1, 404, et les conclusions de M. l'avocat général Robinet de Cléry. Consulter enfin, au point de vue international, en ce qui concerne la responsabilité de l'agent de change, un important arrêt de la Cour de cass. de Palerme, du 19 fév. 1876, *Journal du droit international privé*, 1877, p. 91 et les observations qui l'accompagnent. — Il ne faut cependant pas exagérer la responsabilité dont nous nous occupons et l'appliquer d'une façon outrée. C'est ce qu'un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes, du 13 mai 1878 (S. V. 78, 1, 296), nous semble avoir bien compris, en décidant que celui qui, par une procuration formelle, a chargé un agent de change (de Paris, dans l'espèce) de convertir une

6° En sixième lieu, le faux témoignage devant un *fonctionnaire* ou un *officier public*, peut être susceptible, suivant certaines distinctions, dans le détail et dans l'étude desquelles nous n'avons point à entrer ici, d'une répression pénale. Tout ce que nous nous contentons de constater et de signaler, à cet égard, c'est qu'il ne saurait en être de même, si le faux témoignage s'était

---

inscription nominative de rente sur l'Etat, en une inscription au porteur, et d'envoyer le nouveau titre à un agent de change de province, ne peut, alors que le mandat a reçu son exécution, rendre l'agent de change de Paris, responsable du détournement du titre par l'agent de change de province. Peu importe même, ajoute l'arrêt, que l'agent de change de Paris, après la conversion, au lieu d'adresser à l'agent de change de province le titre nouvellement créé, lui en ait transmis un de même nature et de même importance, qu'il avait en portefeuille, si cette substitution insignifiante n'était point interdite par le mandat et n'a été pour rien dans la cause du préjudice éprouvé par le mandant. (Voy. art. 1991, 1992 et 1993 C. civ.) En un mot, pour traduire notre pensée par une formule très-précise, il ne saurait être question de responsabilité, là où l'idée d'une faute personnelle à l'*officier ministériel*, ou la preuve de sa mauvaise foi, fait défaut. (Voy., sur la première partie de la formule ; trib. civ. Nice, 19 nov. 1878, *Gaz. Trib.* 6-7 janv. 1879, p. 18, col. 3 *in initio ;* civ. cass. 11 juin 1877, S. V. 78, 1, 445 et note 3 ; Dijon, 2 août 1878, S. V. 78, 2, 333 et note 3 ; req. rej. 9 juill. 1879, *Gaz. Trib.* 13 juill., p. 679, col. 2 ; req. rej. 5 août 1879, *Gaz. Trib.* du 9, p. 777, coll. 1 *in fine* et suiv. ; et sur la seconde, en ce qui concerne les agents de change, la loi du 15 juin 1872, art. 12, 2e alin., Devill. et Car., *Lois ann.*, 7e série, p. 245.) Toutefois, ainsi que nous l'avons fait pressentir, l'art. 1382 du C. civ. a, ici comme ailleurs, une large part d'application. C'est ainsi que, par suite du principe d'après lequel l'abandon par un notaire, par exemple, de la résidence à lui fixée, abandon qui peut résulter, entre autres circonstances de fait, de l'inscription sur le rôle des patentes de la ville où s'est transporté le notaire délinquant (voir Chambéry, *infra*), constitue une contravention à la loi, la Cour de Chambéry a récemment jugé, conformément à la jurisprudence, que le notaire qui a abandonné le lieu qui lui a été assigné comme résidence, pour habiter et ouvrir une étude dans un autre endroit, contrevenant aux art. 4 et 6 de la loi du 25 ventôse an XI, ce notaire peut être condamné à des dommages-intérêts envers les notaires près desquels il est venu fixer son habitation et auxquels il fait une concurrence illicite. (Art. 1382 C. civ. ; Chambéry, 4 mars 1878, S. V. 78, 2, 178. Conf. Grenoble, 24 fév. 1875, S. V. 75, 2, 293 et la note.) Il est encore hors de conteste que la responsabilité spéciale que la loi du 25 ventôse an XI a édictée contre les notaires (voy., par ex., art. 68), à qui la jurisprudence fait, avec raison, un devoir de ne pas seulement être des rédacteurs passifs des actes de leur ministère (voy. Toulouse, 24 mars 1879, S. V. 79, 2, 149), ne les affranchit pas de la responsabilité de droit commun qu'ils peuvent encourir dans les termes des art. 1382 et 1383 du C. civ., en compromettant, par une imprudence, les intérêts de leurs clients. (Req. rej. 2 juill. 1878, *Gaz. Trib.* 2-3 nov., p. 1069, col. 1, *in fine ;* S. V. 79, 1, 155 et la note ; Orléans, 18 janv. 1879, S. V. 79, 2, 85.) Parfois même la loi de ventôse fait l'application de cette idée. (Voy. son art. 18.) C'est par suite de ce principe, que la jurisprudence a souvent déclaré les notaires responsables des réticences par eux commises à l'occasion des actes qu'ils reçoivent, alors surtout que ces réticences présentent un caractère dolosif. (Voir : req. rej. 20 nov. 1876, S. V. 78, 1, 273 et la note ; Dijon, 4 déc. 1878, S. V. 79, 2, 47 et note 1.) — Il va de soi qu'aucune des idées par nous émises ne pré-

produit devant un *officier ministériel,* envisagé comme tel (125).

7° Les *officiers ministériels* ont été soumis, pour la garantie des intérêts qui leur sont confiés, à l'obligation d'un cautionnement (126), essentiellement variable dans sa quotité, non seulement suivant la nature de l'office, mais encore pour les offices de même nature, selon la classe dans laquelle ils sont rangés. Cette obligation, toutefois, est loin d'être restreinte à cette catégorie de personnes, et elle incombe également à quelques classes de *fonctionnaires* ou d'*officiers publics* (127), parmi lesquels il convient de citer principalement les notaires (128), les greffiers (129), les conservateurs des hypothèques (130). Nous y joindrons les comptables, pour faits de leur gestion et pour garantie de leur reddition de comptes (131), c'est-à-dire d'une manière très-générale en ce qui touche ces derniers, tous ceux qui, opérant des recettes, ou effectuant des paiements pour le compte de l'Etat, ou des établissements publics, ont le maniement effectif des deniers publics (132),

---

tend exclure l'application de l'art. 1384 du C. civ. (Comp. note 139, *infra,* et voy. une application récente de cet art. dans un jugement du trib. de comm. de la Seine du 23 déc. 1878, confirmé par la Cour le 16 août 1879, *Gaz. Trib.* 20 août, p. 809, col. 2.)

(125) Voir Dalloz, *Rép.*, mots OFF. PUB.—OFF. MINIST., n° 13, et TÉMOIGNAGE FAUX, n°s 49 et suiv.; Merlin, *Rép.*, mot FAUX TÉMOIGNAGE, I, II et III; MM. Hélie et Chauveau, t. 4, p. 455. Joindre: crim. règl. jug., 18 avril 1878, S. V. 79, 1, 391.

(126) Loi du 28 avril 1816, art. 88 et 91, *Rec.* de MM. Vuatrin et Batbie, pp. 1011 et suiv. — Voir, sur ce point, Dalloz, *Rép.*, mots CASSATION, n° 31; CAUTIONN. DE FONCTIONN., n°s 19, 22, 25 et 41; SERMENT, n° 65.

(127) C'est précisément parce que cette obligation ne pèse pas sur tous les *fonctionnaires* ou *officiers publics*, comme sur tous les *officiers* dits *ministériels*, que nous la mentionnons au nombre des différences qui séparent ces derniers des deux autres catégories de personnes indiquées.

(128) Loi du 28 avril 1816, art. 88 et 91. Joindre lois des 29 sept.-6 oct. 1791, tit. 1, section 2, art. 16 à 19 inclus, et du 25 ventôse an XI, art. 33 et 34. — Le ministère public est spécialement chargé, en ce qui concerne les notaires, de veiller au versement de leur cautionnement. (Circ. min. just., 31 oct. 1836. Voir Dalloz, *Rép.*, mots CAUTIONN. DE FONCT., n° 39; MINISTÈRE PUBLIC, n° 234 *in fine.*) — *Adde* décret 5 mars 1874, relatif au cautionnement des notaires aux Antilles. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 7e série, p. 514.)

(129) Même loi de 1816, *loc. cit.*

(130) Loi du 8 juin 1864, art. 26 et suiv., D. P. 64, 4, 92, et Devill. et Car., *Lois ann.*, 5e série, année 1864, pp. 43 et suiv. Comp. décret 11 août 1864, *iid.*, *eod.*, p. 55, et loi 22 mars 1873, *iid.*, 7e série, année 1873, p. 389.

(131) Loi du 5 sept. 1807, art. 3; voir, dans le Code Tripier, sous l'art. 2098 C. civ. Joindre loi du 31 juill. 1867, art. 28, et décret du 16 sept. de la même année, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 754, et 6e série, pp. 196 et 241.)

(132) Ferrière, *Dictionnaire de pratique*, mot COMPTABLE; Grenier, *Hypothèques*,

qu'ils soient ou non justiciables de la Cour des comptes (133).

t. 1, pp. 626 et suiv. ; Tarrible, *Rép.* de Merlin, mot HYPOTHÈQ., section 2, § 3, art. 4, n° 4 ; MM. Persil, sur l'art. 2121 C. civ., n° 43 ; Duranton, t. 19, n° 323 ; Troplong, *Privilèges et hypothèques*, n° 430 ; Pont, *Comment. — Traité des privil. et hypoth.* 2e éd., t. 1, n° 39, texte et notes 1 et 2 ; Aubry et Rau, t. 3, § 263 *bis*, lettre *d*, pp. 180 et suiv. ; Beudant et Bufnoir, à leur cours.

(133) C'est qu'en effet, l'énumération contenue en l'art. 7 de la loi de 1807, loi fort compliquée dans le détail, ne nous semble pas limitative. (Voy. en ce sens : req. rej. 5 mars 1855, S. V. 55, 1, 251 et la note ; MM. Pont, *op. et loc. citt.* Comp. Troplong, t. 2, n° 430 *bis*, et Tarrible, *Rép.* de Merlin, mot HYPOTHÈQ., sect. 2, § 3, art 1, n° 1, et Aubry et Rau, *loc. cit.*, et note 16. — Sur le point de savoir quelles sont les personnes que l'on doit considérer comme *comptables*, voyez les deux mêmes auteurs, *opp. et locc. citt.*, et sur les fonctions et emplois soumis au cautionnement, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n°s 24 et 25.) — Pour ce qui est du fondement du cautionnement en général, voy. Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 2 ; MM. Valette, *Traité des priviléges et hypothèques*, n° 75, et Pont, *op. cit.*, *Traité des privil. et hypoth.*, t. 1, n° 170. Nous nous bornerons ici à mentionner d'une part, en ce qui concerne le motif de l'institution des cautionnements, relativement à l'Etat, que le besoin de garantir et de protéger le maniement des deniers publics remis à certains comptables, contre les abus et les malversations possibles de la part de ces agents, s'est fait sentir dès une haute antiquité. C'est ainsi que, dans sa *Vie d'Alcibiade*, Plutarque nous apprend qu'un cautionnement était exigé des fermiers ou adjudicataires de la perception des revenus publics. (Plutarque, *Vie des hommes illustres*, traduction d'Amyot, Paris, éd. de Cussac, an IX (1801), t. 2, VIII, pp. 311 et 312. — Comp. *Lex Malacit.* LX, Giraud, *Novum Enchirid.*, p. 634 ; M. A. Houdoy, *Le droit municipal*, Paris 1876, pp. 180 et 547 et suiv.) ; d'autre part, en ce qui touche la raison de l'institution du cautionnement, au regard des particuliers, elle est aussi des plus simples à fournir et à comprendre : il convenait et il était nécessaire d'assurer une efficace garantie contre les prévarications de certains fonctionnaires ou officiers publics, à qui sont souvent confiés la direction et le maniement des intérêts privés. De plus, les particuliers étant parfois forcés de recourir au ministère de ces fonctionnaires ou officiers pour la confection d'actes importants, la seule possibilité de voir une atteinte portée à leur fortune, ou leur patrimoine compromis, appelait et exigeait la protection tutélaire de la loi.

En ce qui concerne maintenant la législation, touchant l'obligation générale du cautionnement de titulaires ou de comptables, on peut consulter les principaux textes ci-après : loi du 16 août 1790, tit. IX, art. 3 (d'après cet article, les greffiers des tribunaux devaient fournir un cautionnement de douze mille livres en immeubles. — Comp. *infra*, note 135. — La mention de ce premier texte prouve l'erreur de l'assertion de Dard, qui dit dans son *Traité des offices*, p. 23 : « Les cautionnements des avoués, *greffiers* des tribunaux et huissiers, ont été créés par l'art. 97 de la loi du 27 ventôse an VIII... » Non ; cette disposition de la loi ne fit que prononcer l'application à ces *officiers* dits *ministériels* de la loi du 7 ventôse précédent. Comp. le même auteur, *eod.*, p. 470) ; décret des 29 sept.-6 oct. 1791, tit. I, sect. II, art. 16 et suiv. ; lois 7 et 14 pluviôse et 7 floréal an II ; 15 germinal an IV ; 22 frimaire an VII, art. 69, § 2, n° 8 ; (comp. l'art. 5 de la loi suivante) ; 21 ventôse an VII ; 6 frimaire an VIII ; 7 ventôse an VIII. (Sous l'empire de cette loi, art. 8, il a été jugé que le fait, par un notaire, de se livrer à l'exercice de ses fonctions sans avoir versé le cautionnement fixé par la loi, constituait un délit justiciable du tribunal correctionnel, en raison de la quotité de l'amende encourue, telle que la fixait notre loi ; sect. crim. cass. 17 germinal an IX, S. V., C. N., 1, 1, 447. Mais il fallait qu'un fait d'exercice de fonctions fût

Nous ne pouvons ni ne devons, après avoir touché à cette matière si importante du cautionnement, passer sous silence cer-

---

imputable au notaire, pour que l'amende pût être prononcée ; sect. crim. rej. 28 floréal an IX. Aujourd'hui, aux termes de l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an XI, la compétence correctionnelle a fait place, pour toutes les infractions de discipline notariale, à la juridiction civile. Voir, sur tout ceci, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 39) ; lois 27 ventôse an VIII, art. 97 ; 14 germinal an VIII ; arrêtés des 24 germinal et 18 prairial an VIII ; avis cons. d'Et. du 28 prairial an VIII et du 17 pluviôse an IX ; lois 27 ventôse an IX, art. 10, 2e al.; 28 ventôse an IX, art. 9 et suiv. ; arrêté des Consuls 29 germinal an IX, tit. III, art. 11 et suiv. ; loi 28 floréal an X. (Cette loi, comme celle du 27 ventôse an VIII, fixait à cinq pour cent par an l'intérêt des cautionnements) ; arrêté du Gouvernement 27 prairial an X ; instruction minist. 15 vendémiaire an XI (Demoly, t. 1, n° 410) ; loi 25 ventôse an XI, art. 33 et suiv. (Si la prestation de serment du notaire, malgré l'art. 47, 2e al., de cette loi, qui veut qu'on justifie du versement du cautionnement par la présentation de la quittance, pour être admis à la prestation du serment [comp. loi du 28 avril 1816, art. 96], avait eu lieu, sans que le versement de son cautionnement eût été constaté, le notaire ne pourrait être poursuivi que par voie disciplinaire et devant le tribunal civil ; l'exercice des fonctions avant la prestation de serment constituerait seul un délit correctionnel, punissable d'amende, vu l'art. 196 du C. pén. [voy. la note 3 sous l'arrêt précité du 17 germinal an IX], et cela en vertu des art. 45, 47 et 48 de la loi organique et 1317 du C. civ. C'est pourquoi, un arrêt de cass. du 9 mai 1842, S. V. 42, 1, 563; D. P. 42, 1, 243, a jugé que, même en pays conquis par les armées françaises, les notaires doivent être nommés par le Chef de l'Etat, et ne peuvent instrumenter avant d'avoir prêté serment. Ainsi, les notaires nommés en Algérie, par l'autorité militaire, à une époque rapprochée de la conquête, ont été sans qualité pour instrumenter, surtout avant d'avoir prêté serment. Il résulte de là que les actes par eux reçus ne peuvent valoir comme actes authentiques; art. 1317 C. civ.) ; circ. 5 floréal an XI ; arrêté 26 prairial an XI ; loi 5 ventôse an XII ; arrêtés du Gouvernement du 5 germinal an XII, art. 24, et du 16 germinal suivant ; lois 25 nivôse an XIII; 2 ventôse an XIII, tit. VII. (Le versement en numéraire du complément de cautionnement exigé des receveurs généraux par l'art. 14 de cette loi, a remplacé le cautionnement en immeubles précédemment fourni, et, par suite, a libéré les tiers qui avaient procuré le cautionnement pour la gestion ultérieure des comptables. Aussi a-t-il été jugé que la caution en immeubles, ou caution réelle, ne pouvait plus être recherchée pour le déficit survenu après ce versement ; Conseil d'Et. 29 déc. 1819, S. V., C. A., 21, 2, 54 ; C. N., 6, 2, 174. Comp. anal. *infra*, en ce qui concerne les conservateurs des hypothèques) ; loi 6 ventôse an XIII ; décr. 18 sept. 1806 ; 14 mars 1808, art. 5; 7 mai 1808 ; 28 août suiv.; avis Cons. d'Et. 24 déc. 1808, approuvé le 24 mars 1809, déclarant l'art. 2277 C. civ. applicable aux intérêts des sommes composant les cautionnements. (Voir Cons. d'Etat 28 mai 1838, S. V. 39, 2, 125. Comp., à cet égard, une ordonn. en Cons. d'Et. du 28 nov. 1839, S. V. 40, 2, 231, d'où il résulte que l'opposition pratiquée au Trésor sur les intérêts d'un cautionnement, et l'instance en mainlevée qui en est la suite, n'ont pu avoir pour effet d'interrompre la prescription quinquennale des intérêts, laquelle court au profit de l'Etat, alors qu'il s'agit d'intérêts antérieurs à 1829. [Allusion à l'art. 9 de la loi du 29 janv. 1831. Voir Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 48.] La prescription de cinq ans établie par la loi de 1831 n'est point applicable au capital du cautionnement ; cela résulte de ce que, sur les observations présentées par M. Dufaure, au nom de la Commission, la Chambre des députés a rejeté l'art. d'un projet de loi qui contenait une disposition formelle en sens contraire. [Voy. Dalloz,

taines questions d'un intérêt capital, au double point de vue de la théorie et de la pratique. Cette omission serait d'autant plus

---

eod., n° 130.] Ce capital n'est donc prescriptible que par trente ans; art. 2262 C. civ. — Voir, sur tout ceci, Dard. *op. cit.*, pp. 121 et suiv.); décret du 22 déc. 1812; loi 28 avril 1816, tit. IX, art. 80 et suiv., 88 et suiv., 92 et suiv. (Cette loi a introduit, en cette matière, deux grandes innovations : — α. Elle a décidé, d'une part, tit. IX, art 92, que la totalité des cautionnements serait désormais fournie en numéraire, même par ceux des fonctionnaires, employés et comptables, qui pouvaient ou devaient les fournir précédemment en immeubles ou en rentes sur l'Etat. Voy. note 135, *infra*. — β. Elle exige, d'un autre côté, par le même art. 92, que les cautionnements soient versés au Trésor; elle a, par là, subrogé en cette partie le Trésor public à la caisse d'amortissement, et c'est ce qu'a expliqué et réglé l'ordonnance du 8 mai 1816. — Quant à l'augmentation des cautionnements, à laquelle est dû, en vertu de cette même loi, le droit de présentation, nous en parlerons plus loin) ; ordonnances 11 juin 1816, sur les intérêts des cautionnements; 25 sept. suiv., dérogeant en quelques points au décret du 28 août 1808; 9 oct. 1816; 10 sept. 1817, art. 6; 9 janv. 1818; 5 juin suiv.; 14 juill. 1821; 22 mai 1825; 29 juin suiv.; décis. minist. 21 avril 1828; ordonnances 29 avril 1831, art. 7; 3 nov. suiv., art. 4; 4 mars 1835, art. 1er et suiv.; 25 juin suiv.; 28 fév. 1838, art. 35; 13 mai suiv., art. 9; 24 août 1841; loi 4 août 1844, art. 7. (Ce dernier art. fixe l'intérêt du cautionnement en numéraire à trois pour cent à partir du 1er janv. 1845. — Voir, sur les intérêts des cautionnements, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 44 et suiv. Le second alinéa de l'art. 94 de la loi du 28 avril 1816 fixait à quatre pour cent, sans retenue, l'intérêt des cautionnements nouveaux. Dans l'ancien droit, un arrêt du Conseil du 17 fév. 1779, art. 5, avait établi que les consignataires de fonds de cautionnements devaient percevoir les intérêts de ces fonds au denier vingt, sans aucune retenue de dixième et autre imposition, quelle qu'elle pût être. Voir Merlin, *Rép.*, mot CAUTIONN. DES EMPLOYÉS ET FONCT. PUB., I. Observons ici qu'il a été décidé que le cautionnement versé dans les caisses de l'Etat ne produit pas d'intérêts, si son inscription sur les registres du Trésor n'a été ni réclamée, ni opérée ; Cons. d'Et. 30 déc. 1858, S. V. 59, 2, 565. — A peine est-il besoin de faire remarquer que les intérêts dont il s'agit ici ne doivent pas être confondus avec les intérêts moratoires dûs à un créancier ayant privilége sur un cautionnement déposé à la caisse des consignations. Il a, à cet égard, été décidé que ceux-ci ne peuvent être que les intérêts légaux à cinq pour cent, sans retenue, et non ceux de quatre pour cent, que payait alors la caisse des consignations; Rouen; 4 déc. 1827; req. rej. 14 juill. 1829. On ne peut, en effet, transporter dans la sphère des stipulations privées la règle relative au taux de l'intérêt des cautionnements entre l'Etat et les titulaires, ni l'opposer à un bailleur de fonds à l'égard des stipulations intervenues entre lui et son débiteur. Voir Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 49) ; Circ. du direct. gén. de l'enregist. 22 juill. 1847, déclarant les oppositions au remboursement des cautionnements de titulaires et de comptables non soumises à la prescription quinquennale, ni à la péremption annale. (Il convient d'opposer à cette circulaire un jugement du trib civil de Versailles du 12 juin 1879, *Gaz. Trib.* 30 juin-1er juill., p. 634, col. 3, qui décide, à bon droit, qu'elle ne peut faire échec aux dispositions formelles des art. 13, 14 et 15 de la loi du 9 juill. 1836) ; loi 8 août 1847, art. 13 et suiv.; ordonn. 23 déc. 1847, art. 16; arrêté 19 déc. 1848, art. 20; décrets 15 août, 15 oct., 31 oct., 17 déc. 1849; loi 8 mars 1850, art. 13; décrets 6 juin suiv.; 31 oct. 1850; 13 fév. 1851, art. 3; 23 mai 1853, art. 21; 9 sept. suiv.; 26 avril 1858; 29 nov. suiv., art. 24 et 25, modifié par décret 20 janv. 1862, art. 12; 29 oct. 1859; 12 mars 1862. (Ces six derniers sont relatifs aux cautionnements à fournir

inexcusable, que c'est à raison de l'augmentation des cautionnements, que les offices sont redevenus vénaux. Nous ramènerons

---

par les fonctionnaires et agents du service télégraphique); décrets 8 mars 1854; 20 janv. 1858, art. 4 et suiv.; 14 nov. 1858, art. 10, 3e, modifié par décret 27 déc. suiv.; 20 mars 1861; 10 sept. et 3 oct. suiv.; 31 mai 1862, art. 286 et suiv.; 1er oct. suiv., art. 4 et 5; 15 mars 1863, art. 5; 30 nov. suiv., art. 26; 19 mars 1864; loi 8 juin 1864, art. 25 et suiv., et décret 11 août 1864; décrets 1er août 1864; 27 nov. suiv., art. 4; loi 31 juill. 1867, art. 28; décrets 16 sept. 1867; 26 déc. 1868; 30 janv. 1869; loi 16 sept. 1871, art. 29; décret 31 janv. 1872; loi 22 mars 1873; décret 5 mars 1874, sur le cautionnement des notaires aux Antilles; décret 4 sept. 1874, D. P. 75, 4, 44; décret 12 janv. 1878, abolissant le privilège de facteur à la halle et rendant ces fonctions libres sous certaines conditions déterminées, et moyennant le versement d'un cautionnement. — Voir, sur ces divers textes, les *Lois ann.* de MM. Devill. et Car., et comp. Devill. et Gilbert, *Table gén.*, mot CAUTIONNEMENT DE TITULAIRES OU DE COMPTABLES, *in initio*, *Législation*, et la *Table décenn.* 1861-1870, *eod.* Joindre les nombreux textes cités par Merlin, *Rép.*, mot CAUTIONN. DES EMPLOYÉS ET FONCT. PUBLICS, II et suiv.; par Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., art. 1; *Table de 22 ans* et *Table décenn.*, même mot, *in initio*, *Législation*, et les renvois de M. Demoly, *op. cit.*, *Table alphab.*, mot CAUTIONNEMENT; voy. notamment les nos 32, 309, 316, 320, 324, 334, 348, 410, 428, 558, 812, 973, 1074, 1604, 1909, 2602, 2617, 2624, 2627, 2648, 2828, 2856, 2894, 2943, 3056, 3281, 4229. *Adde* enfin MM. Vuatrin et Batbie, *Lois admin. franç.*, pp. 1008 à 1015 et 1329 et suiv. Comp., sur le cautionnement: Merlin, *Rép.*, *loc. cit.*; Dard, *op. cit.*, pp. 23 et suiv.; *Tab. gén.* de MM. Devill. et Gilb., et *Tables décenn.*, mot indiqué.

Observons, en achevant cette nomenclature, que les titulaires de cautionnements peuvent donner en gage à l'Etat leurs rentes sur l'Etat. (Voir loi 16 sept. 1871, art. 29; décrets 31 janv. 1872 et 22 mars 1873.) Cela se réalise par le transfert en garantie, opération qui s'analyse en une sorte de mandat qui donne pouvoir au créancier d'opérer le transfert et d'effectuer la translation de propriété. Toutefois, un créancier ne peut demander le transfert à son nom de rentes sur l'Etat appartenant à son débiteur, s'il ne justifie ni du consentement de ce dernier au transfert, ni d'un acte écrit de nantissement; et il en est ainsi lors même que le créancier produirait des décisions judiciaires déclarant que les titres de rentes lui ont été remis en nantissement. (Cons. d'Et. 6 août 1878, S. V. 79, 2, 25 et la note 1.) Mais si, d'une part, il n'est pas douteux qu'en règle générale le débiteur ne peut pas, sans son consentement, être dépossédé par ses créanciers de rentes sur l'Etat à lui appartenant, il est, de l'autre, constant que plusieurs dispositions de lois ont reconnu, soit explicitement, soit implicitement, la légalité d'un nantissement constitué en rentes. C'est, notamment, ce qu'il est permis d'induire d'abord d'une loi du 8 sept. 1830, qui a soumis à un simple droit fixe de deux francs les actes de prêts sur dépôts d'effets publics français; puis de l'art. 3 de la loi du 17 mai 1834 sur la Banque de France, et de l'ordonn. du 15 juin suiv., qui ont autorisé cet établissement à prêter sur de semblables dépôts; et enfin de la reconnaissance de ce même droit au profit de la société du Crédit foncier, par les statuts de cette société, approuvés en 1859 par le Gouvernement. (Devill. et Car., *Lois ann.* de 1859, p. 81. — P. Lois, décrets, etc., de 1859, p. 141.) Mais, en autorisant le nantissement en effets publics, ces dispositions ont toujours supposé qu'il se réaliserait au moyen d'un acte souscrit par le débiteur. C'était le seul moyen, en effet, de mettre la convention dont nous parlons en harmonie avec les prescriptions des lois de nivôse an VI et de floréal an VII, suivant lesquelles le transfert d'une rente sur l'Etat doit être consenti par celui qui en est propriétaire. (Voy. art. 3 loi de flo-

les plus notables d'entre ces questions aux indications suivantes :

réal.) Il reste à se poser, sur ce point, une question qui nous paraît fort délicate. A supposer qu'il n'existe aucun acte de nantissement émané du débiteur titulaire, le ministre des finances peut-il refuser le transfert qui lui est demandé, alors qu'un arrêt de Cour d'appel aurait déclaré qu'il y avait eu un nantissement en rentes sur l'Etat ? L'arrêt du Conseil d'Etat, du 6 août 1878, a admis l'affirmative, et a, par là même, confirmé sa précédente jurisprudence, telle qu'elle ressort des deux arrêts de 1813 et de 1839 que nous citons plus bas, et d'où il résulte que le ministre n'est pas tenu de déférer à des décisions judiciaires par lesquelles des créanciers de titulaires auraient obtenu l'attribution de rentes appartenant à leurs débiteurs. Quelque grave que soit cette solution, elle paraît pourtant trouver sa justification dans l'idée que le ministre est un tiers à l'égard des parties qui figuraient dans l'instance engagée devant l'autorité judiciaire. (Voy. la note 1, sous l'arrêt du 6 août 1878 précité.) Mais il faut avouer qu'il y a là un singulier échec donné à l'autorité de la chose jugée, comme aussi un moyen facile octroyé à un débiteur de se jouer impunément de ses créanciers, et, qui pis est, de la justice de son pays.

La pratique vient de soulever, au sujet de la transformation d'un cautionnement immobilier en un cautionnement en rentes sur l'Etat, une question fort intéressante, que l'on peut formuler ainsi : La transformation du cautionnement hypothécaire, fourni par un fonctionnaire (dans l'espèce, un conservateur des hypothèques ; loi du 21 ventôse an VII, art. 5 et suiv.), en un cautionnement en rentes sur l'Etat(loi du 8 juin 1864, art. 26 et 27), fait-elle cesser l'affectation de l'immeuble hypothéqué par un tiers, alors même que cette transformation aurait eu lieu à la suite de l'annexion à un pays étranger d'une partie de la circonscription de ce fonctionnaire, et que l'immeuble, hypothéqué par le tiers, étant situé sur le territoire annexé (une maison sise à Strasbourg), la radiation de l'inscription prise sur cet immeuble n'aurait pu être effectuée par suite de la résistance des autorités étrangères ? Par arrêt du 3 déc. 1877 (S. V. 79, 2, 11 et la note), la Cour de Poitiers a décidé l'affirmative, et elle a jugé que, dans ce cas, le nouveau cautionnement en rentes remplace désormais l'ancien, tant pour le passé que pour l'avenir, et cela à l'égard de tous les intéressés, sans distinction de nationalité. Cette doctrine entraîne la double conséquence, d'une part, que le tiers qui s'était porté caution réelle du fonctionnaire, doit être considéré comme complètement dégagé, et, de l'autre, que ce tiers ne peut exiger le maintien à son profit des garanties et avantages que le fonctionnaire lui avait consentis pour la durée du cautionnement, tels, notamment, qu'un nantissement en effets publics et la prestation d'une rente annuelle. Cette solution nous semble d'autant plus remarquable, que la question pouvait paraître offrir un caractère particulièrement délicat, à raison de cette circonstance spéciale de la cause, que, si, en droit, la caution pouvait être considérée comme entièrement libérée (art. 27, dern. alin., loi de 1864), en fait, sa situation n'était pas modifiée, le fardeau du cautionnement hypothécaire continuant à peser sur elle, par suite de la résistance de l'autorité étrangère à la mainlevée de l'hypothèque. La Cour ne s'est pas arrêtée à cette considération, et elle a statué que peu importe que l'immeuble hypothéqué par le tiers étant situé sur le territoire annexé, la radiation de l'inscription prise sur cet immeuble n'ait pu être opérée par suite de la résistance dont nous venons de parler.

Quoi qu'il en soit de tout ceci, on peut donc très-bien donner les rentes sur l'Etat en gage, d'une manière déterminée. (M. Bufnoir, à son cours, 1876). Et c'est ainsi qu'il a été décidé, d'une manière générale, que des titres de rentes peuvent être affectés à un nantissement. (Voy. Paris, 13 janv. 1854, S. V. 54, 2, 209 ; 17 janv. 1868, S. V. 68, 2, 79, et la note 1 sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 août 1878 précité. MM. Mollot, *Bourses de commerce*, t. 1, n° 275 ; Pont, *Petits contrats*, t. 2, n° 1080, et Buchère,

I. Et d'abord, nous ferons remarquer qu'une garantie non

Traité des valeurs mobilières, n° 137, se prononcent aussi dans le même sens.) On sait qu'en vertu de lois spéciales, telles que la jurisprudence et la pratique les interprètent, les rentes sur l'Etat, pour des raisons de crédit public, échappent à la saisie des créanciers. (Voir, sur cette insaisissabilité des rentes sur l'Etat, l'annotation de M. Labbé, dans Sirey, sous l'arrêt de la Cour de cassation de 1859, cité *infra*. — Voy. aussi la *Thèse de doctorat* de M. P. Trentesaux, Paris, 1879, *Etude sur les rentes)*. C'est ce qu'on fait résulter de la loi du 8 nivôse an VI, art. 4. (Tripier, sous l'art. 2092 C. civ. — Voir aussi la loi du 28 floréal an VII, art. 3, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 498.) Mais ces lois ne mettent nullement obstacle à l'opération mentionnée au début de cette observation. Tout ce qu'elles interdisent, c'est la saisie que voudraient pratiquer les créanciers, principe d'où il semble bien résulter que, même en dehors d'une saisie proprement dite, il ne peut être procédé à une vente forcée de rentes sur l'Etat, une pareille mesure étant destinée à produire précisément le résultat que le législateur a voulu empêcher. (Voy., en ce sens, Cons. d'Et. 3 janv. 1813, Detardif; 19 déc. 1839, Bidot, S. V. 40, 2, 281; — P. ch.) Il convient toutefois de noter ici que, dans certaines hypothèses données, les créanciers peuvent avoir le moyen d'exercer leur droit de gage général (art. 2092 et 2093 C. civ.), même sur les rentes sur l'Etat, sans recourir à une saisie préalable, comme cela se rencontre en cas de faillite. La Cour de cassation, tout en admettant que le Grand Livre de la dette publique n'est pas obligé de tenir compte d'une saisie pratiquée sur lui, reconnaît cependant que le syndic de la faillite, représentant le failli, peut, à titre de mandataire légal de ce dernier, que la Cour estime, en pareil cas, faire en réalité la vente par lui-même, réaliser au profit de la masse, en les cédant, et en en faisant alors opérer le transfert sans saisie préalable, les rentes sur l'Etat appartenant au failli. (Civ. rej. 8 mars 1859, D. P. 59, 1, 145 et les renvois; S. V. 60, 1, 418 et la note. Joindre, en ce sens, *Dissertation* de M. Bédarride, insérée dans la *Gaz. Trib.* du 11 oct. 1860; le même, *Faillite*, n° 776 *bis*; Alauzet, *Comment. C. comm.*, n° 2739; Orléans, 9 avril 1878, *Gaz. Trib.* 16 juin, p. 577, col. 3; S. V. 78, 2, 183 et note 2. *Contra :* req. 8 mai 1854, D. P. 54, 1, 145; S. V. 54, 1, 309; *Dissertation* de M. Mollot, insérée dans la *Gaz. Trib.* du 7 juin 1860; trib. comm. Orléans, 12 déc. 1877, infirmé par l'arrêt précité d'Orléans; MM. Dutruc, *Contentieux commerc.*, mot FAILLITE, n° 1116; Laroque-Sayssinel et Dutruc, *Faillite*, etc., n° 986; Buchère, *Valeurs mobilières*, n° 151. Comp., sur cette question, les art. 443, 484, 534 et 537 C. comm.)

Nous trouvons ici l'occasion de mentionner pour mémoire qu'on peut tirer très-facilement argument de ce que la loi elle-même soustrait à l'action des créanciers certaines catégories de biens du débiteur — (joindre aux textes précités les art. 384, 631 et 634 C. civ.; 580, 581, 582 et 592 C. pr. civ.; loi 21 ventôse an IX, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 557, et Tripier, sous l'art. 580 C. pr. civ. Consulter, pour le surplus, M. Pont, *Comment.-Traité des priviléges et hypoth.*, 2e éd., t. 1, n° 10. Voy. applic. des art. 580 et suiv. C. pr. civ. : req. rej. 29 mai 1878, S. V. 79, 1, 64 et note 4), — pour décider que l'affectation générale prononcée par l'art. 2092 C. civ. de tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, du débiteur à l'acquittement de la dette dont il est tenu, n'empêche nullement la spécialisation conventionnelle par le débiteur et le créancier de la garantie de celui-ci à tel ou tel bien déterminé, et la limitation également conventionnelle de l'obligation à un objet particulier, même sans affectation hypothécaire. (Art. 1134 C. civ.) Un exemple incontestable de ce point de vue existe en cas d'ameublissement d'un ou plusieurs immeubles spécialement déterminés, jusqu'à concurrence d'une certaine somme. (Art. 1506, 2e al., C. civ.) Il y a là une espèce d'assignat déterminé, comme on disait autrefois. Nous admettons donc qu'en contractant une dette, et même en s'obligeant personnellement, le débiteur peut

moins puissante que le cautionnement lui-même, et qui lui sert

---

limiter l'action de son créancier sur certains biens déterminés. On pourrait le contester cependant, en disant que l'art. 2092 étant une règle d'ordre public, la convention privée ne peut y déroger. (Art. 6 C. civ.) Mais l'objection disparaît pour peu que l'on remarque que ce que demande l'ordre public, et ce que veut procurer l'art. 2092, c'est la sanction du droit, son exécution, *tel qu'il a été créé et établi.* (*Sic :* MM. Pont, *op. et loc. citt.*, p. 8, n° 15, et Bufnoir, à son cours, 1876.)

En ce qui touche, à présent, l'obligation de fournir le cautionnement, ainsi que son versement, nous nous bornerons à mentionner :

1° Une décision minist. du 3 mai 1836 (S. V. 36, 2, 378 ; voir aussi Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 30), d'où il résulte qu'un supplément de cautionnement ne peut être exigé des *officiers* dits *ministériels* en exercice, sous prétexte d'un accroissement dans la population. C'est qu'en effet le montant des cautionnements est déterminé par la loi et versé avant l'installation du *fonctionnaire* ou *officier public*, et qu'aucune modification ne peut ensuite être apportée à cette fixation, sans un changement positif dans la responsabilité du titulaire ; ce changement se manifestera pratiquement par le passage d'une classe inférieure dans une classe plus élevée. Le fait s'est présenté spécialement pour les notaires, lorsque, par la loi du 16 juin 1859 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 4e série, ann. 1859, p. 89), les communes dites suburbaines ont été annexées à la ville de Paris ; les notaires de ces communes passant ainsi brusquement de la 3e à la 1re classe, se sont vus contraints de verser un supplément de cautionnement ;

2° Une circulaire du Garde des Sceaux du 31 oct. 1836 (S. V. 37, 2, 256 ; D. P. 37, 3, 127, et Dalloz, *Rép.*, *ubi supra*, n° 35), d'après laquelle : — *α*. Le cautionnement versé par le prédécesseur d'un *officier ministériel* ne peut profiter à celui-ci ; il y a obligation pour lui de justifier, avant sa prestation de serment, du versement d'un nouveau cautionnement pour son propre compte ; — *β*. Lorsqu'un *officier* dit *ministériel* est admis à changer de résidence, il doit verser un nouveau cautionnement. Le cautionnement affecté à l'office qu'il a quitté ne peut être appliqué à l'office de sa nouvelle résidence. (*Adde* décis. minist. fin. 14 nov. 1842, et comp. décis. min. just. 21 juin 1836, qui avait déjà déclaré auparavant que le greffier ne peut faire servir son cautionnement pour les fonctions de notaire auxquelles il a été promu.) On décide différemment à l'égard des fonctionnaires autres que les *officiers* dits *ministériels*, lorsqu'ils sont appelés à une autre fonction de même nature, et *a fortiori* lorsqu'il ne s'agit pour eux que d'un simple changement de résidence. (Dalloz, *Rép.*, *ubi supra*, nos 36 et suiv.) ;

3° Enfin une circulaire du ministre de la justice, du 17 août 1848 (D. P. 48, 3, 119), de laquelle il découle que l'obligation imposée aux personnes soumises au cautionnement, de justifier de son *versement* préalablement à leur installation, continue de subsister, malgré la dispense de la prestation du serment politique. (Voir aussi décret 1er oct. 1862, art. 4, relatif aux agents de change, D. P. 62, 4, 122.) — Nous avons vu, au reste, que le versement du cautionnement est exigé en règle absolue avant l'entrée en fonctions, et même avant la prestation du serment : il doit en être fait preuve par la présentation de la quittance, et il a été jugé en ce sens que le notaire doit justifier du versement intégral de son cautionnement avant d'être admis à prêter serment, et d'être installé dans ses fonctions. (Circ. min. 31 oct. 1836, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 26.) Toutefois, des délais, des sursis ont, en certaines circonstances, été accordés, lorsque le législateur a imposé des suppléments de cautionnements ; c'est que le titulaire était en fonctions, et qu'on aurait parfois arrêté les services publics, si l'on n'avait usé de ce tempérament aussi prudent que sage. (Voir Dalloz, *loc. supra cit.*) — Ajoutons que, dans le but d'éviter des pertes d'intérêts, on autorise le versement des fonds au Trésor, même avant la nomination du titulaire.

comme d'annexe et de complément indispensable (134), consiste, eu égard aux intérêts qu'il a pour but de protéger et de mettre à l'abri, en ce que les fonds des cautionnements (135), fournis par ceux qui se trouvent soumis à cette obligation (136), sont affectés par privilège de premier ordre au paiement des créances résultant d'abus et de prévarications par eux commis dans l'exercice de leurs fonctions, et sur les intérêts qui en peuvent être dus (art. 2102, 7°, C. civ.) (137), et, par privilège de second ordre, au rem-

---

(134) Ce surcroît de protection, suite naturelle de l'obligation dont s'agit, est d'autant plus efficace, pratiquement parlant, que le privilège de premier ordre sur les fonds des cautionnements doit, comme le privilège sur le gage, avec lequel celui-ci présente une analogie frappante, et dont il n'est, au fond, qu'une imitation fidèle, ou, pour parler un langage plus strictement exact, qu'une véritable variété, doit, disons-nous, primer les privilèges généraux sur meubles et immeubles. (M. Grenier, *Traité des hypothèques*, t. 2, n° 298.) Comme l'a fort bien écrit M. Valette, dans son *Traité des privilèges et hypothèques* (t. 1, 1re livraison, n° 75, p. 94), œuvre malheureusement inachevée : « Ce privilège se rattache... à la matière du nantissement ; car le cautionnement constitue un véritable gage, dont le trésor royal est en réalité le détenteur dans l'intérêt des particuliers (comp. C. civ., art. 2076). » — Voir aussi Merlin, *Rép.*, mot PRIVILÈGE DE CRÉANCE, sect. 3, § II, n° 13, et M. Troplong, CAUTIONNEMENT, n° 27.

(135) Le cautionnement exigé par la loi consiste en numéraire versé au Trésor public. (Loi du 28 avril 1816, art. 92 à 97 inclus, et ordonn. du 1er mai suiv. Voy. Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONNEMENT DE FONCT., nos 27 et suiv.) Toutefois, les conservateurs des hypothèques fournissent une partie de leur cautionnement en immeubles. (Loi du 21 ventôse an VII, art. 5. Comp. loi du 28 avril 1816, art. 86, et *ibid.*, tarif y annexé, n° 5. Voy., sur ce point, M. Valette, *op. cit.*, n° 75. Comp. note 133 ci-dessus, concernant le cautionnement des conservateurs.) Et c'est de même un cautionnement en immeubles qui est exigé en Corse, soit en totalité, soit en partie, des *officiers* dits *ministériels* (ordonn. 4 juill. 1821), ainsi que dans les colonies. (Voy. décret 5 mars 1874, art. 1er, relatif au cautionnement des notaires aux Antilles, Devill. et Car., *Lois ann.*, 7e série, p. 514.) Il en a été de la sorte à une certaine époque, au sujet des greffiers. (Voy. loi du 16 août 1790, tit. 9, art. 3. Comp. *supra*, note 133. — Voy. enfin loi 15 germinal an IV, ordonnant que les receveurs des impositions directes des départements fournissent un cautionnement en immeubles.)

(136) Nous substituons avec intention cette formule à celle de l'art. 2102, 7°, C. civ., qui ne parle que des *fonctionnaires publics*, expression qui est loin, comme on peut maintenant s'en rendre compte aisément, d'être strictement exacte. (Comp. notes 65 et 116 *in initio*, *supra*.) Il convient d'ailleurs d'ajouter que le législateur a particulièrement en vue, dans cet article, le cautionnement des fonctionnaires et des officiers publics autres que les comptables, auxquels la loi spéciale du 5 sept. 1807 est relative.

(137) Aucune garantie semblable n'existait dans notre ancien droit : sans doute les employés des fermes du Roi et des autres parties des finances étaient bien tenus, avant la révolution, de fournir un cautionnement en numéraire, à titre de garantie au profit de l'Etat contre les abus possibles durant l'exercice des fonctions. (Voy. les arrêts du Conseil des 30 avril 1750, 16 sept. 1760, 3 mars 1761, 26 déc. 1762, 8 mars 1771 et 17 fév. 1779, cités par Merlin, *loc. inf. cit.*) Mais rien, du moins, ne répon-

boursement des tiers prêteurs, qui ont baillé leurs deniers pour

---

dait, dans l'intérêt des particuliers, au bénéfice que nous trouvons établi en leur faveur dans le Code civil. — Il convient, toutefois, de noter que si, sous l'ancien régime, aucune des personnes énumérées dans l'art. 91 de la loi de 1816, n'était assujettie au versement de fonds pour garantie du « bon ménage » de leur office et des fonctions qui y étaient attachées, la finance de leur office était du moins affectée, par un privilège spécial, à leurs créanciers pour faits de charge, et la faveur de ce privilège était telle, que plusieurs arrêts rapportés par Basnage (*Traité des hypothèques*, chap. x) attestent que les créanciers pour faits de charge étaient préférés au vendeur de l'office pour le prix qui en était encore dû, et aux tiers prêteurs des fonds destinés à désintéresser le vendeur, et employés à payer le prix de l'office. Loyseau exprimait un sentiment conforme à celui qui ressortait de ces arrêts. (*Traité des offices* liv. III, chap. VIII, n° 92.) Quoi qu'il en soit, ce furent seulement les lois postérieures à 1789 qui grevèrent les cautionnements de certains *fonctionnaires* et *officiers publics* d'un privilège purement privé, à raison des malversations dont ils peuvent se rendre coupables. (Voy. Merlin, *Rép.*, mot CAUTIONN. DES EMPLOYÉS ET FONCT. PUB., et M. Valette, *op. cit.*, n° 74.) — Voir, sur ce privilège pour faits de charge : loi du 21 ventôse an VII, tit. I, chap. IV, art. 8 ; arrêté des consuls du 29 germinal an IX, art. 11 et 12 ; loi du 25 ventôse an XI, art. 33 et 34 ; loi du 25 nivôse an XIII ; joindre loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, art. 31, 3e alin. — Que si l'on réfléchit, d'une part, que les cautionnements des *officiers* dits *ministériels* sont fort au-dessous de l'ancienne finance des offices vénaux et du prix vénal de ces offices, qui était lui-même de beaucoup supérieur à la finance, originairement payée au Roi pour l'acquisition de l'office ; d'autre part, que le privilège pour faits de charge grève uniquement le cautionnement, et non le prix de l'office, on verra aisément que les créanciers pour faits de charge ont perdu au changement de législation.

La loi du 25 nivôse an XIII, se plaçant à l'époque de la cessation de fonction, trace les formalités à suivre pour l'exercice du privilège pour faits de charge, et elle prend de nombreuses précautions pour sa conservation, précautions qui se résument dans certaines mesures destinées à avertir les créanciers à qui une garantie de ce genre peut être due. Au demeurant, nulle règle n'est exigée pour la conservation de ce privilège, lequel n'est soumis non plus à aucune prescription ni à aucun règlement d'intérieur adopté par une compagnie dans son intérêt. Il subsiste tant que la dette n'est pas éteinte. (Comp. req. 14 juill. 1829 ; Dalloz, *Rép.*, mots BOURSE DE COMM., n° 395, et CAUTIONN. DE FONCT., n° 60.) Les créanciers sont admis à faire sur les cautionnements des oppositions, qu'ils peuvent signifier ou notifier directement au Trésor public, c'est-à-dire au bureau des oppositions établi au ministère des finances, ou, s'ils le préfèrent, aux greffes des tribunaux dans le ressort desquels les titulaires exercent leurs fonctions. (Art. 2 loi de nivôse an XIII.) Lorsque ces derniers veulent réclamer leur cautionnement, ils doivent déclarer au greffe du tribunal, dans le ressort duquel ils exercent, qu'ils cessent leurs fonctions ; leur déclaration est affichée dans le lieu des séances dudit tribunal pendant trois mois. (Art. 5.) C'est durant ces trois mois, à partir de la déclaration de cessation des fonctions, que les créanciers pour faits de charge doivent former opposition sur le cautionnement du titulaire. — Mais est-ce là un délai à ce point fatal que, faite ultérieurement, en supposant d'ailleurs que le cautionnement est encore entre les mains du Trésor, l'opposition, regardée désormais comme tardive, doive être déclarée non recevable, et le créancier déchu du privilège que lui accorde l'art. 1er de la loi du 25 nivôse an XIII ? La Cour de Limoges ne l'a pas pensé (arr. 19 nov. 1842, S. V. 43, 2, 128), et nous regardons sa doctrine comme fondée. (*Sic* Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 113.) Car la solution contraire entraînerait une déchéance, dont il n'y a pas trace dans la loi, et qu'il n'est

la formation, totale ou partielle, de ce cautionnement (138) *.

dès lors pas loisible à l'interprète de créer ; mais cette solution, d'autant plus juridique qu'il est de principe qu'il ne saurait y avoir aucune cause de préférence entre différents créanciers opposants à raison d'une antériorité d'opposition (art. 2093 C. civ., 575 et 579 C. pr. civ. ; comp. note 170, *infra*), cette solution, disons-nous, suppose implicitement que le Trésor, par suite d'oppositions formées en temps utile par d'autres créanciers *ex eadem causa* du même titulaire, est encore nanti de la somme qui lui a été déposée, et que cette somme conserve son caractère de cautionnement, c'est-à-dire est encore le gage des créanciers pour faits de charge. (Voy. le dernier considérant de l'arrêt précité. — Cet arrêt et le jugement du tribunal de Limoges, qu'il confirme, ont de plus décidé que le privilège établi par l'art. 1er de la loi sus-indiquée, peut être réclamé pour une créance résultant de faits de charge, même avant toute condamnation obtenue contre le titulaire, ce qui est tout au moins contestable [voy. Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 107], et que « la loi, n'ayant pas déterminé un délai fatal pour obtenir les condamnations qui donnent lieu au privilège, ces condamnations peuvent être utilement obtenues tant que la somme déposée conserve le caractère de cautionnement, et même après, pourvu qu'elle ait été frappée d'opposition dans le délai utile. » Voy. dernier considérant du jugement précité.) De telle sorte qu'on aboutit, en dernière analyse, dans la doctrine de l'arrêt de Limoges, à ce résultat éminemment favorable pour le créancier retardataire, que l'effet des oppositions formées en temps utile par d'autres créanciers *ex eadem causa* du même titulaire, mettant obstacle au retrait du cautionnement, est de rendre ces oppositions conservatrices des droits que l'opposition tardive a pour objet de protéger, en ce sens que les divers créanciers, le retardataire compris, concourront ensemble, sans avoir égard aux différentes dates des oppositions, et viendront en commun, *quia ejusdem tituli sunt*. (Art. 2096 et 2097 C. civ. ; L. 32, fr. Paul., *De rebus auctor. judic.*, D., XLII, 5 ; Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. VIII, nos 93 et 94.) Notez, toutefois, qu'aucune des idées précédemment émises n'implique — bien loin de là — que le créancier dont nous nous occupons ne courra jamais aucun risque ; car, à raison du principe énoncé par Scævola (L. 24 *in fine, Quæ in fraud. cred.*, D., XLII, 8) : « *Jus civile vigilantibus scriptum est* », une fois les trois mois expirés, si la contribution, ouverte à raison des oppositions formées dans le délai voulu, a abouti, au profit des créanciers vigilants, à une distribution de deniers et à l'épuisement total des fonds ou au remboursement de l'excédant, et, dans tous les cas, au dessaisissement du Trésor, il ne restera au créancier négligent, qui formerait opposition ensuite, qu'à déplorer son inertie ; son opposition frapperait dans le vide, et il n'aurait évidemment aucun recours contre les autres créanciers ; quant à celui qu'il lui serait loisible d'exercer contre son débiteur, il ne serait plus privilégié. (Comp. *infra*, note 139 *in fine*.) — Ce n'est pas encore tout : les titulaires qui veulent retirer leur cautionnement sont de plus tenus de présenter et de déposer un certificat du greffier, visé par le Président du tribunal, et constatant « que la déclaration prescrite a été affichée dans le délai fixé ; que, pendant cet intervalle, il n'a été prononcé contre eux aucune condamnation pour faits relatifs à leurs fonctions, et qu'il n'existe au greffe du tribunal aucune opposition à la délivrance du certificat, ou que les oppositions survenues ont été levées. » (Même art. 5 ; joindre décret du 18 sept. 1806. — Voy., au surplus, Merlin, *Rép.*, mot CAUTIONN. DES EMP. ET FONCT. PUB., V.) — Il résulte d'une circulaire, ou instruction générale de la Régie, en date du 24 déc. 1836 (S. V. 38, 2, 144 ; D. P. 38, 3, 176), que les greffiers ne peuvent exiger aucun droit de recherche, lors de la délivrance des certificats de non-opposition au remboursement des cautionnements, mais que, outre le droit de greffe de 1 f. 25, la ré-

* Voir la note 138, p. 124.

Nous observerons, sur le premier de ces deux privilèges, qu'on

---

tribution de 0 f. 25 doit leur être allouée, pour la légalisation de ces certificats. (Joindre décis. minist. just. et fin. 1er et 8 avril 1836.) Les certificats délivrés par les greffiers des tribunaux de première instance et de commerce, qui constatent qu'il n'existe pas d'opposition au remboursement, ne sont soumis qu'à un droit fixe d'enregistrement. — Les agents de change et les courtiers de commerce doivent remplir les formalités ci-dessus prescrites, non plus aux greffes des tribunaux civils, mais aux greffes des tribunaux de commerce, où ils ont été reçus et où ils ont prêté serment. (Loi du 25 nivôse an XIII, art. 2.) Ils doivent, en outre, faire afficher, pendant le même délai de trois mois, la déclaration de la cessation de leurs fonctions à la Bourse près de laquelle ils les exercent, et produire au Trésor le certificat du syndic de cette bourse, relatif à l'affiche de leur démission, joint au certificat du greffier, dans les formes prescrites par l'art. 5 de la loi de l'an XIII. (Art. 6 de cette loi.) — L'art. 7 assujettit aux formalités des deux art. précédents, pour la notification de la vacance, ceux qui ont été destitués, et les héritiers de ceux qui sont décédés dans l'exercice de leurs fonctions. — Quant aux avocats à la Cour de cass., c'est au greffe de cette Cour qu'ils doivent agir. — (Voir, sur tout ceci : M. Valette, *op. cit.*, n° 77, et consulter, sur le remboursement des cautionnements, une instruct. min. fin. 16 déc. 1833, et la loi du 9 juill. 1836, art. 16, Devill. et Car., *Lois ann.*, 2e série, p. 319 ; et, relativement aux commissaires-priseurs et aux huissiers : décret du 24 mars 1809 ; décis. min. fin. du 12 mai suiv. ; avis Cons. d'Et. du 2 nov. 1821, et les ordonn. des 9 janv. 1818 et 22 août 1821, Devill. et Car., *eod.*, 1re série, p. 1062; enfin, décis. interprét. de cette dernière, du 6 déc. suiv., Demoly, t. 1, n° 1566 ; Dard, *op. cit.*, pp. 110 et suiv ; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 115 et suiv. — Joindre, pour le remboursement des cautionnements dans les colonies, ordonn. du 30 sept. 1827, et req. rej. 24 fév. 1836, Dalloz, *loc. cit.*, n° 125.) — Lorsque ce sont les héritiers, légataires, créanciers ou ayants droit, à quelque titre que ce soit, qui demandent le remboursement du cautionnement, ils doivent fournir un certificat de propriété, conformément aux dispositions du décret du 18 sept. 1806, art. 1. Ces certificats peuvent être délivrés par un notaire, par un juge de paix ou par un greffier, suivant les distinctions établies par cet article. (Voy. Dalloz, *Rép.*, *loc. cit.*, nos 17 et 121.)

Les créances garanties par le privilège de premier ordre sont par lui protégées, avons-nous dit, sur le capital du cautionnement fourni, et sur les intérêts qui en peuvent être dus (art. 2102, 7e, C. civ.) ; mais elles ne sont pas privilégiées, en ce qui concerne ceux des officiers ou fonctionnaires dont les charges sont vénales, sur le prix de leur office. (Voir, en ce sens : req. rej. 30 mars 1831, S. V. 31, 1, 423 ; Bordeaux, 28 janv. 1864, S. V. 64, 2, 229 ; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 75 ; MM. Pont, *op. cit.*, t. 1er, n° 172 ; Aubry et Rau, 4e éd., t. 3, § 261-8e, p. 163. *Adde :* MM. Boileux, *Comment. C. Nap.*, sur l'art. 2102, p. 228 ; Mollot, *Bourses de comm.*, n° 562, et le *Dictionn. du not.*, mot OFFICE, n° 620 — *Contra :* Merlin, *Rép.*, mot FAIT DE CHARGE ; Dard, *Traité des offices*, pp. 461 et suiv. ; Rolland de Villargues, *Rép. de la jurisp. du notar.*, 2e édit., mots FAIT DE CHARGE, n° 26, et OFFICE, n° 404.) La loi, d'une part, ne grevant de privilège que le cautionnement et non la charge, et les privilèges, d'autre part, n'étant jamais que légaux (art. 2095 C. civ., il nous paraît difficile, à raison même de la règle : *Privilegia sunt strictissimæ interpretationis* (art. 2115 C. civ. et arg. de cet art. ; Grenier, II, 384 ; Zachariæ, § 256, texte et note 8 ; Aubry et Rau, 4e éd., t. 3, § 258, p. 124, texte et note 5 ; req. rej. 18 mai 1831, S. V. 31, 1, 220), règle qui n'est elle-même qu'une conséquence juridique forcée de la dernière des deux données que nous venons d'exprimer, de trouver une assise légale au privilège qui, suivant l'opinion des auteurs qui se prononcent en sens contraire, s'étendrait au-delà de l'affectation précise et spéciale faite par la loi. Ce raisonnement

ne saurait sans erreur, pour le cas où le titulaire du cautionne-

---

détruit du même coup un double argument que Dard invoque en sa faveur, et dont le premier, quoique très-spécieux, n'a pas plus de valeur légale que le second. Il s'appuie d'abord sur ce fait, qu'à l'époque de l'apparition du Code civil, les offices ayant perdu leur caractère de vénalité, l'art. 2102, 7°, ne pouvait parler de privilège que sur le cautionnement. Mais cela ne saurait tirer à conséquence, puisque, à la suite de la loi du 28 avril 1816, art. 91, aucune loi n'a grevé la valeur de la charge redevenue vénale, et qu'il n'existe à cet égard aucun germe dans les dispositions préexistantes du C. civ. — Quant au second ; il le puise dans notre ancienne jurisprudence, ainsi que dans nos vieux auteurs qui, s'appuyant eux-mêmes sur des textes du droit romain (L. 24 § 2, fr. Ulp., *De reb. auct. judic.*, D., XLII, 5), admettaient le supplément de garantie que nous repoussons, et faisaient même passer ce privilège sur la finance de l'office, laquelle n'avait rien de commun avec les cautionnements exigés aujourd'hui des *officiers* dits *ministériels* (voy. Dard, *op. cit.*, p. 471), avant celui du vendeur de l'office et des créanciers qui avaient prêté les deniers pour l'achat de l'office. Ce dernier point proposé, dit Ricard, aux mercuriales du Parlement de Paris, avait été tranché en ce sens. (Voy., là-dessus : Basnage, *Traité des hypoth.*, chap. XIV ; Ricard, sur la *Coutume de Paris*, additions au titre *des Actions des Personnes* ; Loyseau, *Traité des offices*, liv. III, chap. VIII, nos 55 et 92.) Cet argument n'est pas plus solide que le précédent, attendu qu'en matière d'exception, on ne saurait invoquer que la loi actuellement vivante, et non des textes qui ont cessé d'exister (art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII), quelle que puisse être d'ailleurs leur autorité, ou des analogies et des assimilations, quelque frappantes qu'elles soient ; elles ne sauraient avoir aucun poids dans la sphère qui nous occupe. — Il n'y a non plus aucune arme à se faire de la faiblesse, et, dès lors, de l'insuffisance possible de certains cautionnements, pour couvrir intégralement la responsabilité du titulaire, ni d'induction à rechercher dans la comparaison des divers cautionnements exigés, cautionnements dont la fixation peut paraître avoir été établie plutôt d'après une certaine présomption de fortune chez les différents titulaires d'offices, qu'en proportion de l'étendue de la responsabilité de chacun ; à raison même de ce que la création des cautionnements et leurs suppléments, exigés sous la Restauration, ont eu plutôt pour but l'utilité de l'Etat, pressé alors par d'impérieux besoins d'argent, que la sécurité du public. Ce ne sont là que de pures considérations, qui ne peuvent l'emporter sur de véritables argumentations juridiques. — C'est avec intention que nous ne réfutons pas un argument que nos adversaires tirent contre nous, en leur faveur, de la considération de la foi publique. « En effet », dit l'un d'eux (Guyot, *Rép.* de Merlin, *loc. cit.*), « il est juste que la charge réponde spécialement des fautes de celui qui en est revêtu, attendu qu'on est forcé de contracter avec lui à cause de cette charge. » (Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap VIII, n° 55.) Car, qui ne voit que c'est résoudre la question, soit par la question elle-même, soit par une simple considération d'équité, et que, dès lors, il n'y a rien là qu'une affirmation purement gratuite ? C'est, au surplus, à raison même de l'idée émise par cet auteur, et reproduite de l'ancien temps, que le privilège de premier ordre a été établi sur le cautionnement ; mais le législateur n'a pas été plus loin dans la voie des protections, et son interprète ne saurait dépasser les limites par lui tracées.

On sait qu'en 1841, le ministre de la justice (M. Martin du Nord) avait mis à l'étude la grave question des réformes à introduire au régime hypothécaire. Rappelons que les documents publiés par ses ordres, sur ce sujet, en 1844 (Paris, imprimerie royale, 3 vol. in-8°), constatent (t. 3, pp. 46 et 47) que la Cour d'Angers, examinant la question qui nous occupe, proposa d'ajouter au n° 7 de l'art. 2102 du Code civil : « et aussi sur l'indemnité que les officiers ministériels peuvent avoir à tou-

ment, cumulant plusieurs services simultanés, aurait, à raison de

---

cher des successeurs par eux présentés, et agréés par le Roi ; ou que le Gouvernement peut juger équitable d'imposer à ces successeurs quand ils sont nommés d'office. » — Nous nous emparons de ce vœu de la Cour, comme d'un argument puissant en faveur de l'opinion que nous soutenons.

Que devrait-on à présent penser, dans le cas de destitution, du fait, par le Gouvernement, de faire procéder par-devant les tribunaux à la liquidation des faits de charge commis par le titulaire destitué, et, dans l'hypothèse où son cautionnement serait insuffisant pour les acquitter en entier, d'imposer à son successeur l'obligation de payer aux créanciers, à raison de ces faits, et par privilège et préférence à tous autres, même au vendeur de l'office, ce qui manquerait sur les fonds du cautionnement pour éteindre les créances de cette nature, reconnues et liquidées ? Nous n'hésitons pas, quant à nous, à considérer qu'un pareil acte de l'autorité serait susceptible d'être attaqué par les parties intéressées devant le Conseil d'Etat, par la voie contentieuse, comme contenant à la fois excès de pouvoir, en tant qu'il étendrait un privilège, d'un cas prévu à un cas non prévu par la loi, et violation de droits acquis, en tant que l'idée de privilège pour faits de charge une fois écartée et exclue, l'indemnité, gracieuse d'ailleurs, arbitrée par le Gouvernement, ou bien doit devenir le gage commun de tous les créanciers, même chirographaires, du titulaire destitué (art. 2093 C. civ.), ou bien doit plutôt servir d'abord à désintéresser, du prix qui ne lui a pas été payé, le vendeur, pour lequel nous revendiquerons plus tard un privilège, qui, comme nous le verrons, a fait naître de graves difficultés.

Nous avons, pour trancher de la sorte cette question délicate, une double raison : c'est d'abord qu'il nous paraît inadmissible de soutenir avec Dard, qui se prononce en sens contraire (*op. cit.*, p. 474), que « les créanciers ordinaires ne seraient pas admis à se plaindre de ce privilége attribué à leur préjudice, puisque le gouvernement, entièrement libre, dans ce cas, de disposer de l'office vacant, *optimo jure*, et comme il l'était au moment de la création ou de l'érection de l'office, pouvait le conférer au nouveau pourvu, sans mettre à sa charge le paiement d'aucune somme ; et par conséquent avait évidemment le droit de donner telle destination qu'il estimerait juste, à la somme dont il avait grevé le nouveau pourvu de l'office. » En effet, dès là qu'une indemnité est allouée par le Gouvernement, il ne lui appartient plus, sous peine d'arbitraire et de contradiction aux lois sur le classement et les préférences des créanciers entre eux, d'en régler l'emploi. Elle doit nécessairement être distribuée comme le serait le prix résultant d'une cession, qu'elle est destinée à remplacer, et dont il n'est dès lors que conséquent de lui attribuer la nature juridique et de lui faire subir les conséquences légales. Ce qui serait inattaquable par la voie contentieuse, même de la part du titulaire destitué (argument Cons. d'Et. 17 fév. 1853, S. V. 53, 2, 733), ce serait le refus, par le chef de l'Etat, d'accorder cette indemnité ; car on se trouverait ici en présence d'un acte de pure administration, et fait, par suite, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Mais l'indemnité une fois octroyée, il nous paraît impossible de lui donner une destination contraire aux principes de la loi civile, et qui ne répondrait pas au seul but qu'elle doive poursuivre, atténuer le préjudice et diminuer la perte que fait subir aux intéressés la ruine du droit de présentation par suite de la destitution. (Loi du 28 avril 1816, art. 91, 1er alin.) Il nous paraît impossible de lui attribuer ainsi la vertu de contrarier la loi par ses effets. — En second lieu, il nous semblerait contradictoire, à raison même des motifs que nous donnerons de cette solution, d'accorder, comme nous le ferons, un privilège au vendeur non payé de l'office dont le titulaire a été destitué, et d'admettre la légalité de l'opération qui vient de nous occuper.

Nous ajouterons que, dans plusieurs circonstances, le Gouvernement, prenant en

cette circonstance, fourni un cautionnement plus élevé, restrein-

---

considération la position des créanciers pour faits de charge, dont les créances ne pouvaient pas recevoir une satisfaction intégrale, sur les fonds du cautionnement du titulaire destitué, a, par une faveur toute spéciale, par « acte particulier de bienveillance » et « par disposition singulière et sans conséquence pour l'avenir », renoncé, à leur profit, au droit de pourvoir, sans présentation, à l'office vacant, et leur a donné l'autorisation de traiter de la charge de leur débiteur et de lui présenter un successeur, en faisant du prix à payer par ce dernier, contrairement à la jurisprudence, l'objet d'une affectation privilégiée par rapport aux faits de charge, *destinée à suppléer à l'insuffisance du privilège sur le cautionnement*. C'est ce qui résulte d'une ordonnance du 31 mars 1824, dont le texte est rapporté en entier par M. Dard (*op. cit.*, p. 476), et d'une autre ordonnance, en date du 4 août 1826, citée par le même auteur (p. 477), et libellée comme la première. Ces ordonnances nous semblent toutes deux avoir véritablement fait la loi. Notamment, l'art. 2 de l'ordonnance de 1824 est ainsi conçu : « Le prix de chaque office sera versé à la caisse des dépôts et consignations, *pour être affecté de la même manière que le cautionnement du titulaire, et d'après les mêmes règles, à la garantie de ses opérations.* » (Voir aussi les considérants.) — Mais le Gouvernement de 1830 revint sur ces errements ; et c'est ainsi que les créanciers pour faits de charge d'un agent de change, destitué en 1831, n'ont pas été admis à être payés, par préférence aux créanciers ordinaires, sur le prix de la vente de la charge de cet officier, que le Gouvernement avait abandonnée à ses créanciers, sans faire mention de préférence ou de privilège, en faveur des créanciers pour faits de charge.

Ajoutons que les divers créanciers pour faits de charge exercent leur privilège par concurrence. (Voy. Basnage, chap. XIV ; Duranton, t. 19, n° 157 ; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 76. *Contra : Annales du notariat*, t. 13, p. 465.)

(138) Comp. art. 2077 C. civ. Voy. d'ailleurs, au sujet de cet article, la note 142, *infra*.

Dans notre ancien droit, par une certaine analogie avec ce qui est admis de nos jours en matière de privilèges sur les cautionnements des titulaires d'offices, celui qui avait prêté des sommes, pour payer la finance d'une charge, avait privilège sur cette finance. (Voy. les paroles de M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely, dans la séance du Conseil d'Etat du 3 ventôse an XII ; Locré, t. 16, p. 245 ; Fenet, t. 15, p. 355 *in fine*.) Seulement, la question était très-vivement discutée de savoir si les créanciers qui avaient privilège sur l'office, *ratione administrationis*, devaient entrer en rang « après le débet du Roy acquitté », ou si, au contraire, ils ne devaient pas être primés par ceux qui avaient prêté pour l'achat de l'office. Loyseau, comme nous l'avons vu dans la note précédente, donnait préférence aux premiers, tout en reconnaissant que ce point était fort douteux (*op. cit.*, liv. III, chap. VIII, n° 92). — Le souvenir de la séance du Conseil d'Etat, que nous venons d'évoquer, est très-curieux à réveiller ; car nous y voyons que, lors de la rédaction du Code civil, il était d'usage d'expédier la quittance au bailleur de deniers, en énonçant que les fonds avaient été fournis pour le cautionnement d'un tiers ; cette énonciation avait bien son importance : il en résultait, en effet, qu'une fois opérées les défalcations à faire, en ce qui concerne les faits de charge, la partie des fonds laissée libre était considérée comme appartenant de droit au tiers prêteur. (Voy., dans Fenet, *loc. cit.*, p. 356, les paroles beaucoup trop absolues, à cet égard, de M. Bérenger. Comp. note 142, *infra.*) De telle sorte que, comme on le voit, le privilège de second ordre repose sur cette idée première que le prêteur, dont les deniers ont servi soit à former, soit à parfaire le cautionnement, et ne se sont pas mêlés au patrimoine du titulaire, est censé avoir fait une réserve à son profit et avoir retenu un gage *sui generis* sur les fonds non absorbés. (M. Beudant, à son

dre, au regard de ses créanciers ordinaires, la garantie spéciale

---

cours, avril 1875.) — On sait, au reste, que, lors de la discussion au Conseil d'Etat du n° 7 de l'art. 2102 C. civ., un membre demanda que le privilège sur le cautionnement fût étendu à celui qui en aurait fourni les fonds, pour prendre rang en sous-ordre; mais, bien qu'elle eût été reconnue juste en principe, cette proposition, après une discussion assez obscure, demeura sans résultat; c'était à l'art. 1er de la loi du 25 nivôse an XIII qu'il était réservé de lui donner effet. Cet article a déclaré que les cautionnements fournis par les agents de change, les courtiers de commerce, les avoués, greffiers, huissiers et commissaires-priseurs, seraient affectés, comme celui des notaires (loi du 25 ventôse an XI, art. 33), par premier privilège, à la garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre eux, par suite de l'exercice de leurs fonctions; par second privilège, au remboursement des fonds qui leur auraient été prêtés pour tout ou partie de leur cautionnement; et subsidiairement au paiement, dans l'ordre ordinaire, des créances particulières qui seraient exigibles sur eux. (Voy. Merlin, *Rép.*, mot PRIVILÈGE DE CRÉANCE, sect. III, § 2, n° 13, et M. Valette, *op. cit.*, n° 99. Joindre décrets 28 août 1808 et 22 déc. 1812, et loi 24 avril 1833, art. 5. — Comp., *infra*, note 142.)

Ce privilège de second ordre est fondé, en outre, sur l'idée d'une plus-value mise dans le patrimoine du débiteur, plus-value résultant de ce que les bailleurs de fonds ont procuré au titulaire la créance que ce dernier a acquise contre le Trésor public à raison de son cautionnement. (Voy. M. Valette, *op. cit.*, n°s 78 et 99. Comp. art. 2103, n° 2, C. civ., et L. 5, fr. Ulp., *Qui pot. in pig.*, D., XX, 4, et L. 26, fr. Paul., *De reb. auct. jud.*, D.) Il est dit de second ordre, parce qu'il s'exerce immédiatement après le privilège enregistré sous le n° 7 de l'art. 2102 du C. civ. (Voy., à ce sujet, les paroles de MM. Mollien et Daru, Locré, t. 16, pp. 437 et 439, et notre note 142.) Lors de la rédaction de ce Code, nous le répétons, son introduction dans la loi avait été proposée; mais elle fut alors repoussée par ce motif principal, donné par M. Defermon, que « si la disposition demandée par M. Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) était placée dans le Code civil, elle deviendrait une règle absolue, et gênerait les opérations de la caisse d'amortissement qui n'*avait* pas de bureau d'opposition... » (Fenet, t. 15, p. 355.) — Ce privilège est établi et règlementé dans ses conditions de validité par les textes suivants : loi 25 nivôse an XIII, art. 1 et 4; loi 6 ventôse an XIII. (Cette loi appliqua le privilège du second ordre aux cautionnements fournis par les comptables publics; voy. M. Valette, *op. cit.*, p. 134, note 1); décrets 28 août 1808 et 22 déc. 1812, tous deux relatifs aux formalités à remplir par les bailleurs de fonds. (Ces textes sont indiqués dans le Code Tripier, sous l'art. 2102, 7°, C. civ., et Suppl., mot PRIVIL. ET HYPOTH., pp. 1364, 1365 et 1366); ordonn. 8 mai 1816, qui transféra au Trésor l'administration des fonds de cautionnement, précédemment attribuée, on le sait, à la caisse d'amortissement, devenue plus tard, depuis l'an XIII, caisse des dépôts et consignations. *Junge* loi 24 avril 1833, et décret 14 déc. 1853 (D. P. 54, 4, 16), portant qu'à partir du 1er janv. 1854 l'inscription des déclarations du privilège de second ordre, notifiées au Trésor public, sera faite sur les registres tenus au bureau des oppositions, qui délivrera le certificat mentionné en l'art. 2 du décret du 28 août 1808, après qu'il aura été revêtu du visa du contrôle central, conformément à l'art. 5 de la loi du 24 avril 1833. Depuis, les cautionnements sont toujours restés dans les attributions du ministère des finances. (Voy. Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 954, col. 2 et note 2.)

La caisse d'amortissement a été établie, en premier lieu, par l'art. 5 de la loi du 6 frimaire an VIII, dans le but d'opérer successivement l'extinction de la dette publique par le moyen du rachat des rentes créées par l'Etat. Elle a été supprimée par la loi de finances du 28 avril 1816. (Voy., là-dessus : ordonnances des 8 mai et 26 juin 1816; loi du 25 mars 1817, art. 140 et 142; ordonn. 18 déc. 1822, prononçant la sup-

attachée au profit des créanciers pour faits de charge au débet

---

pression de l'administration des cautionnements, et réunissant ce service à celui de la dette inscrite; lois du 19 juin 1828, du 25 mars 1831, du 20 avril 1832, et du 10 juin 1833.) — La caisse d'amortissement a été organisée par un arrêté du 23 messidor an IX. La loi du 28 nivôse an XIII en étendit les attributions, en l'instituant caisse des dépôts et consignations. Dans l'ancien droit, il y avait des receveurs des consignations, en titre d'office. Un décret du 23 sept. 1793 les avait remplacés par les receveurs de district, qui percevaient deux pour cent pour frais de garde. La loi du 28 nivôse an XIII substitua au droit précédemment prélevé au préjudice des propriétaires des sommes consignées, un intérêt annuel de trois pour cent à leur profit. (Voy. Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 691, note 2. — Voy. encore, sur les consignations, la loi du 28 avril 1816, et l'ordonn. du 22 mai suiv., qui n'est que le développement des art. 98 et 110, tit. x, de la loi précitée. *Junge :* loi du 30 avril, et ordonn. du 9 mai 1826; ordonn. du 19 janv. 1835, qui abaissa à deux pour cent le taux de l'intérêt, fixé à trois pour cent par l'art. 5 de l'ordonnance du 3 juill. 1816, autorisant la caisse des dépôts et consignations à recevoir les dépôts volontaires et particuliers [*sic : Bulletin*, 7e série, t. 3, p. 19, et M. Duvergier], ou des particuliers [*sic :* Isambert, *Lois et ordonn.*, vol. de 1816, p. 451, et Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 961, note 1], et fixa le point de départ du cours de ce nouvel intérêt à soixante jours après le dépôt; loi du 31 mars 1837, et ordonn. du 13 fév. 1838. — Comp., sur tout ceci, MM. Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 954, note 4, et p. 961, note 2.)

En 1842, on a voulu supprimer ce privilège de second ordre « en ce que », disait-on, « il en serait résulté des complications et des abus, ainsi que l'affaiblissement des garanties de la solvabilité personnelle du titulaire par la substitution de prêteurs particuliers. » Un article en ce sens avait même déjà été inséré dans le projet de la loi des comptes de 1840; mais il fut retranché. (Voy. M. Pont, *op. et loc. citt.*, n° 174, p. 152. — Comp., sur les privilèges de 1er et de 2e ordres, Merlin, *Rép.*, mot CAUTIONN. DES EMPLOYÉS ET FONCT. PUB., nos 3 et 4.) — Notons, enfin, qu'un arrêt de rejet a décidé que le privilège est restreint au cautionnement et ne s'étend pas au prix de l'office, encore bien que le bailleur de fonds se prétendrait subrogé aux droits d'un créancier pour fait de charge. (Req. 30 mars 1831, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 89.)

De l'idée dominante que le privilège est, *en principe*, — (car il faut toujours réserver le privilège admis en faveur du gagiste, par les art. 2073 et 2102, 2°, C. civ., privilège dont se rapprochent fort les deux privilèges sur le cautionnement, qui n'est qu'un véritable nantissement mobilier dont le Trésor est détenteur dans l'intérêt des particuliers; comp. art. 2076, et M. Valette, *op. cit.*, n° 75. — Voy., sur ce point : Persil, sur l'art. 2095; Zachariæ, § 256, note 3; MM. Pont, *op. cit.*, n° 24, p. 19, et Aubry et Rau, 4e éd., t. 3, § 258, texte et note 1, p. 123) — de l'idée dominante que le privilège est, en principe, l'objet d'une création exclusive de la loi et d'une attribution purement légale (art. 2095 C. civ.), tirons, avec les arrêts et les auteurs, une conséquence remarquable, en ce qui concerne celui dont nous nous occupons : c'est que, n'étant accordé qu'aux bailleurs de fonds à l'aide desquels le cautionnement a été ou formé ou parfait, il ne dépend pas de la volonté du titulaire de conférer à tel de ses créanciers qui lui conviendrait, ou qui se montrerait plus exigeant que d'autres, la faveur d'une semblable garantie sur un cautionnement ou bien qu'il aurait lui-même fourni (Paris, 11 juill. 1836, S. V. 36, 2, 395; req. rej. 30 mai 1838, S. V. 38, 1, 753; Paris, 9 déc. 1852, S. V. 52, 2, 622), ou dont il aurait en totalité ou en partie remboursé les fonds au bailleur originaire, au moyen de ses propres deniers. (Paris, 4 mars 1834, S. V. 34, 2, 209; voir les longs développements qui précèdent cet arrêt; Bourges, 8 mars 1844, S. V. 45, 2, 491.) Le premier de ces deux arrêts décide en outre que le

de ce titulaire pour l'une ou l'autre de ses gestions, à cette partie seulement du cautionnement afférente à la fonction par suite de

---

privilège de second ordre pourrait être transmis par voie de subrogation immédiate des nouveaux prêteurs aux précédents bailleurs de fonds (art. 1249 et suiv., 1692 et 2112 C. civ.); mais tous deux sont formels pour statuer que le titulaire, une fois devenu pleinement propriétaire du cautionnement par le remboursement des premiers bailleurs de fonds, ne peut plus l'affecter par privilège de second ordre à aucun de ses créanciers, et que les déclarations par lui faites dans ce but, ne pourraient même valoir ni comme cession ou transport des sommes qui y seraient énoncées, ni comme acte de nantissement. (Voy. Paris précité, 9 déc. 1852, et comp. anal. Bordeaux, 23 janv. 1849, S. V. 52, 2, 413. — Voy. là-dessus : MM. Dard, *op. cit.*, pp. 52 et suiv. ; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 81 et suiv.; Aubry et Rau, t. 3, § 263 *bis*, III *a*, p. 193, texte et notes 66 et 67. Comp. Bordeaux, 23 janv. 1849 précité ; Paris, 9 déc. 1852, S. V. 52, 2, 622 et la note ; civ. rej. 16 avril 1855, S. V. 55, 1, 813 ; Bordeaux, 22 juill. 1862, S. V. 63, 2, 20 ; Chambéry, 14 déc. 1872, S. V. 73, 2, 231.) — L'arrêt précité de la Chambre des requêtes, du 30 mai 1838, ne tranche pas une question importante, qui a fait doute en jurisprudence ; nous voulons parler de celle de savoir si le titulaire d'un cautionnement déposé au Trésor ne pourrait pas au moins en céder tout ou partie, à charge, bien entendu, de respecter les privilèges de premier et de second ordre. L'arrêt de la Cour suprême, sur ce point, ne présente rien dans ses motifs qui vienne exclure l'idée que pareille cession ou transport ne puisse être déclarée valable. Et la cour de Rouen, par arrêt du 27 fév. 1838 (voir S. V. 38, 1, 753, note 3), s'est formellement prononcée pour la validité de l'opération. Mais la Cour de Paris avait précédemment statué en sens contraire, par arrêt précité du 11 juill. 1836. (S. V. 36, 2, 395.) Elle est revenue depuis sur sa jurisprudence, et a adopté la doctrine de la Cour de Rouen par arrêt du 11 mars 1852 (S. V. 52, 2, 176), confirmant un jugement dans le même sens du tribunal de la Seine. (Voy. encore : Lyon, 30 avril 1852, S. V. 52, 2, 335 ; Paris, 29 juin 1863, S. V. 63, 2, 138 ; Favard, *Rép.*, mot CAUTIONNEMENT, § 4 ; Roger, *Saisie-arrêt*, n° 327 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, mot CAUTIONNEMENT, nos 42 et 95 ; Bioche, *Dict. de proc.*, même mot, n° 42 ; Dard, *op. cit.*, pp. 68 et suiv.) — Il importerait même peu que les formalité exigées par la loi du 25 nivôse an XIII pour le remboursement du cautionnement n'aient pas été accomplies. (Paris, 17 avril 1845, D. P. 45, 4, 65, et Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 122. — Voy. comme application : Paris, 7 juin 1851, D. P. 52, 2, 39.) Enfin, la même doctrine se trouve dans une circulaire des notaires de Paris du 20 nov. 1818. — Tout cela ne s'applique d'ailleurs qu'au capital du cautionnement ; en ce qui touche les intérêts, les créanciers même ordinaires en peuvent réclamer la distribution à leur profit, s'ils ne sont pas appréhendés par un bailleur de fonds. — Ce qui a fait naître la difficulté sur la question que nous venons de soulever, c'est la destination toute spéciale du cautionnement. Cependant, sous le bénéfice des observations qui précèdent, et avec les restrictions indiquées, cette affectation particulière de l'objet vendu ne nous semble pas, à elle seule, constituer un motif suffisant pour frapper de nullité cette espèce de vente ou cession aléatoire (*sic* Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 106) ; et la jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens. (Voy. Montpellier, 14 fév. 1872, S. V. 72, 2, 124.) Cet arrêt décide que le titulaire d'un cautionnement peut le transporter à un tiers, même avant que les trois mois qui doivent s'écouler entre la déclaration de cessation de fonctions et le remboursement (art. 5, loi du 25 nivôse an XIII) soient expirés. Et il laisse de plus à entendre très-nettement, qu'on doit résoudre dans le sens de la négative la question de savoir si cet art. 5 est applicable aux personnes assujetties à un cautionnement, autres que celles qui y sont

l'exercice de laquelle il se trouve reliquataire. Le privilège de premier ordre « s'étend à toutes les parties du cautionnement, qui se servent de supplément l'une à l'autre », comme le disent fort exactement MM. Aubry et Rau (139).

---

mentionnées, et spécialement aux comptables de deniers publics. On peut tirer argument en ce sens de ce que la loi du 6 ventôse an XIII, qui étend aux cautionnements de ces personnes les art. 1, 2 et 4 de la loi du 25 nivôse précédent, passe l'art. 5 de cette loi sous silence. Notons, toutefois, qu'en l'absence de toutes règles spéciales, l'administration a toujours appliqué aux comptables celles qui concernent les *officiers* dits *ministériels*, procédé consacré par l'art. 3 de l'ordonnance royale du 25 juin 1835, laquelle réglemente aujourd'hui les cautionnements des comptables. (Voy. la note 1 sous l'arrêt précité ; *sic* Dard, *op. cit.*, pp. 68 et suiv.)

Ajoutons qu'il arrive fréquemment en fait, que les *officiers* dits *ministériels* font donation à leurs filles, dans les contrats de mariage de celles-ci, de tout ou partie des fonds de cautionnement de leur office ; ces donations et d'autres actes, contenant des cessions de fonds de cautionnement à titre onéreux, sont signifiés au ministre des finances et visés par le chef du bureau des oppositions, et jamais, que nous sachions, leur validité n'a été contestée.

Il y a plus : nous décidons sans hésitation, avec Dard (*op. cit.*, pp. 108 et suiv.), et Dalloz (*ubi supra*, n° 111), que le transport des fonds d'un cautionnement sur lequel il existe déjà des oppositions lors de la signification du transport, ne laisse pas d'avoir son effet et de saisir valablement le cessionnaire de tout ce qui excède les causes des oppositions jugées bien fondées. L'ancienne jurisprudence des tribunaux, conforme à un arrêt du Parlement de Paris du 8 mars 1760, n'admettait pas que le cessionnaire pût être saisi, s'il existait des oppositions dans les mains du débiteur de la créance cédée. (Voy. les jug. et arrêts en sens contraire cités par Dard, *loc. cit.*; consulter aussi sur cette question la dissertation de cet auteur, intitulée : *Des saisies-arrêts ou oppositions*, Paris, 1836.)

(139) T. 3, § 261-8°, p. 164 *in initio*. Voy. Caen, 30 mai 1837, S. V. 38, 2, 68 ; P. 38, 1, 358 ; civ. rej. 5 déc. 1843, S. V. 44, 1, 75 ; Pal. 44, 1, 29, et ordonn. 17 sept. 1837, art. 11, S. V. 37, 2, 462 et suiv. Comp. Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n°s 55 et 90 ; Pont, *op. cit.*, n° 172. — Le privilège de premier ordre ne protège que les seules créances résultant de faits de charge proprement dits. Il importe peu d'ailleurs qu'ils procèdent des *officiers* dits *ministériels* eux-mêmes, ou qu'ils soient l'œuvre de leurs clercs, commis ou préposés. (Comp. L. 1 § 7, fr. Ulp., *De exercit. act.*, D., XIV, 1 ; art. 1384 C. civ. ; Dard, *op. cit.*, p. 31 ; Dalloz, *loc. cit.*, n° 58, et notre note 124 *in fine.)* Cela donne, dans la pratique, surtout pour les notaires, un intérêt considérable à distinguer si l'acte, à raison duquel le titulaire est débiteur, constitue ou non un fait de charge. La distinction est souvent extrêmement délicate, comme le sont, du reste, au même titre, toutes les questions de responsabilité encourue à raison de l'exercice normal, régulier et légal de la fonction, et c'est trop s'avancer que de dire, ainsi que le fait M. Pont (*op. cit.*, n° 171, p. 150) que « cette difficulté n'en est plus une. » Car, si on est d'accord sur le principe général, il y a encore, ou il peut y avoir bien des hésitations et bien des tâtonnements, quant à son application. (Voy. les nombreux arrêts cités *infra*.) — Et maintenant, par faits de charge, nous entendons, et sur ce point il ne saurait y avoir de doute, tous les faits 1° qui sont la conséquence de l'exercice légal et obligé de la charge du titulaire qu'on a spécialement en vue, — (*sic* : Nouveau Denisart, mot FAIT DE CHARGE ; MM. Mollot, *Bourses de commerce;* Dard, pp. 25 et suiv. ; Valette, n° 76, p. 95 ; Pont, t. 1, n° 171 ;

Remarquons, en outre, que l'Etat, en tant que tel, n'a pas, en

---

Martou, II, 516 ; Aubry et Rau, 4e éd., t. 3, p. 164), — qui sont une suite nécessaire de cet exercice (il ne suffirait pas qu'ils aient eu lieu à l'occasion des fonctions : Mollot, *eod.;* Dard, p. 29 ; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 62 ; car *privilegia sunt strictissimæ interpretationis ;* Dalloz, *Rép.*, mot BOURSE DE COMMERCE, n° 385-2°) ; et 2° qui dérivent *ex necessitate officii*, comme disaient jadis Loyseau et Basnage. (Voy. *infra.*) C'est par application de cette idée, que par un arrêt du 5 sept. 1747, cité par Merlin (*Rép.*, mot FAIT DE CHARGE), « le grand Conseil déclara un office d'huissier affecté et hypothéqué au paiement d'une créance dont cet huissier avait perdu les titres par défaut d'attention. » (Comp. aussi Nouveau Denisart, *loc. cit.;* Voy. d'autres applications, relativement à des agents de change : Lyon, 20 avril 1872, D. P. 74, 2, 7 ; 20 mars 1874, S. V. 74, 2, 109 et la note 3 ; Paris, 12 avril 1874, D. P. 76, 2, 16. Comp. Dalloz, *Table de 22 ans*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 49 ; Lyon, 12 mars 1875, S. V. 77, 2, 132 et note 1. Voir également comme analogie, relativement au directeur d'un mont-de-piété : req. rej. 25 janv. 1859, S. V. 60, 1, 376, 2e espèce, et note 2.) — Aussi bien, le privilège pour faits de charge ne couvrirait-il pas les créances engendrées par des faits qui, provenant d'une autre source, ne rentreraient pas dans la catégorie de ceux-là, et, par exemple, par ceux résultant d'une confiance volontaire accordée au titulaire, — *puta* à un *officier* dit *ministériel*, — quelque dommageables qu'ils soient. (*Sic :* argum. L. 24 § 2, fr. Ulp., *De reb. auctor. judic.*, D.; Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. VIII, nos 55 et 56 ; Basnage, *Traité des hypoth.*, chap. XIV. [Ce chapitre est intéressant à consulter ; car il nous apprend que, dans l'ancienne jurisprudence, les créanciers pour faits de charge avaient, outre le privilège sur la finance de l'office de leur débiteur, une hypothèque tacite sur ses immeubles, laquelle prenait rang du jour de la réception de l'officier dans son office, et non à la date de naissance de la créance] ; Gouget, *Traité des décrets, nantiss. et hypoth.*, quest. 12 ; comp. un arrêt du Parlement de Paris du 7 sept. 1581, rapporté par Gouget [voy. Dard, *op. cit.*, p. 29], et un autre du même Parlement du 31 mars 1745, cité par Merlin, *eod.* Cet arrêt, mentionné aussi dans Dard, *op. cit.*, p. 30, est fort curieux, en ce qu'il pousse jusqu'à l'extrême l'application du principe qui sert de base à notre théorie. Ainsi, il décide que la dissipation d'un dépôt [de 40.000 livres, dans l'espèce] fait entre les mains d'un notaire, n'est pas un fait de charge, lors même qu'il aurait eu lieu en exécution d'un mandement de justice [en exécution d'arrêt rendu sur la requête du procureur général], par la raison que les notaires n'ont pas été institués pour recevoir de pareils dépôts. « Le motif de cette décision », dit Guyot [Merlin, *Rép.*, *ubi supra*], « a été que les notaires n'ont pas été créés pour recevoir des dépôts, et que les receveurs de consignations ont été établis pour cet objet. » Il existait alors des receveurs des consignations en titre d'offices, chargés de recevoir les dépôts et consignations. Nous ignorons si, posée dans les mêmes termes, notre jurisprudence actuelle résoudrait la question comme elle le fut au siècle passé ; peut-être bien pareille solution n'irait-elle pas sans difficulté. Voir la note 1-2 *in fine*, sous un arrêt de cassation du 28 juill. 1868, cité *infra.*) — Voy. Paris, 6 janv. et 14 mai 1832, S. V. 32, 2, 149 et note 1, et 526, et Dard, *op. cit.*, pp. 30 et suiv. Le 1er de ces deux arrêts décide que le notaire qui détourne des fonds à lui confiés pour en opérer le placement, se rend coupable de violation de dépôt ; comme tel, ajoute avec raison l'arrêt, il est contraignable par corps, non pas en vertu de l'art. 2060, 7°, C. civ., comme s'il s'agissait d'un fait de charge résultant de ses fonctions de notaire, mais bien en vertu de l'art. 52 du C. pén., comme tenu de restitution dans le sens de cet article, à raison de la violation du dépôt. Cette remarque a son importance, parce que, si l'on avait appliqué l'art. 2060, 7°, du C. civ., pour la restitution des fonds confiés au notaire, comme l'avait fait, contrairement à l'arrêt de la Cour de

principe, sur le cautionnement fourni par les *officiers* dits

---

Paris, un arrêt de la Cour de Lyon, rapporté dans S. V., C. A., 30, 2, 122, il en serait résulté que le créancier déposant aurait eu privilège de premier ordre sur le cautionnement de ce fonctionnaire (loi du 25 ventôse an XI, art. 33), tandis que, dans le système admis par la Cour de Paris, ce privilège n'existe pas à son profit. Nous ne mentionnons pas un nouvel intérêt qu'il y aurait à se prononcer aujourd'hui dans le sens de cette dernière Cour, par suite de l'abrogation de la contrainte par corps en matière commerciale et civile par la loi du 22 juill. 1867, qui la maintient au contraire en matière criminelle, correctionnelle et de police (voy. art. 1 de cette loi, Tripier, p. 1745), parce que cet intérêt disparaît dans la doctrine de ce même arrêt du 6 janv. 1832 ; il décide, en effet, que, lorsque, pour la réparation d'un fait qualifié crime ou, délit par la loi, la partie lésée, au lieu d'agir par voie criminelle, saisit la juridiction civile, le mode d'exécution des condamnations prononcées au profit de la partie demanderesse est le même que celui qui aurait lieu si les condamnations émanaient de la juridiction criminelle, et qu'ainsi les restitutions ordonnées entraînent contrainte par corps, en vertu de l'art. 52 du C. pénal. (Comp. la note 2 sous l'arrêt de cette Cour, ainsi que deux arrêts rapportés dans S. V., C. A., 14, 1, 57, et 19, 1, 278, et la note 1 sous un arrêt de Bordeaux du 16 fév. 1829, S. V., C. N., 9, 2, 210, qui se prononce en sens contraire des deux précédents.) Il convient, au reste, de remarquer que l'arrêt du 6 janv. 1832 est en parfaite harmonie avec un arrêt de Toulouse de 1844, que nous citons plus bas, et qui établit une ligne de démarcation très-juridique, à nos yeux, entre les actes qui rentrent dans l'exercice légal et obligé des fonctions de l'*officier* dit *ministériel*, à raison desquels seuls nous reconnaissons le privilège de premier ordre, et ceux qui n'ont point ce caractère. (Voy., dans le même ordre d'idées : Parlement de Paris, 31 mars 1725, arrêt dont Rolland de Villargues, mot FAIT DE CHARGE, n° 14, conteste à tort la doctrine ; crim. rej. 15 avril 1813 ; Paris, 15 avril et 16 nov. 1833 ; Rouen, 15 fév. 1838 ; comp. Nouveau Denisart, *loc. cit.*; Dard, p. 28; Mollot, n° 389 ; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n°s 70 et 71. — Il a été décidé, en sens contraire de ces arrêts, que constituait des faits de charge, un détournement de sommes déposées entre les mains d'un notaire, pour opérer dans son étude, soit le paiement des droits d'enregistrement d'actes par lui reçus [arg. cass. 31 juill. 1817 ; *sic* : Carnot, t. 1, p. 517, n° 6, sur l'art. 169 C. pén.; Legraverend, t. 1, chap. I, p. 43; comp. art. 29, loi du 22 frimaire an VII], soit un placement par hypothèque, ou en acquisition d'immeubles ou de rentes [Lyon, 3 fév. 1830 ; Paris, 26 janv. 1835 ; Douai, 29 mai 1839], soit enfin un remboursement. [Paris, 18 janv. 1836.] — Voy., sur tout ceci, Dalloz, *loc. cit.*, n° 65.) Joignez encore, relativement à la question qui nous occupe : Rennes, 19 déc. 1816, S. V., C. N., 5, 2, 216 ; Paris, 14 mai 1832, S. V. 32, 2, 526 ; 4 mars 1834, S. V. 34, 2, 221 ; Rouen, 15 fév. 1838, S. V. 39, 2, 105 et la note ; Grenoble, 3 janv. 1842, S. V. 42, 2, 178 ; Toulouse, 15 mai 1844, S. V. 46, 2, 25 et la note ; Paris, 5 nov. 1846, D. P. 47, 2, 104 ; req. rej. 14 mars 1849, S. V. 49, 1, 508 et la note ; Douai, 20 déc. 1849, S. V. 50, 2, 109 ; 17 mai 1850, D. P. 54, 5, 100 : trib. de la Seine, 26 avril 1850, D. P. 50, 3, 47 ; Bourges, 6 mai 1851, S. V. 52, 2, 429 ; P. 1851, 1, 560 ; Nîmes, 13 fév. 1851, D. P. 51, 2, 111 ; 12 juill. 1852, D. P. 53, 2, 3 ; Lyon, 30 avril 1852, S. V. 52, 2, 335 ; Toulouse, 8 mai 1852, S. V. 53, 2, 15, et D. P. 54 1, 70. (Cet arrêt décide aussi que le privilège existant, pour fait de charge, sur le cautionnement d'un notaire, est préférable à celui de l'administration de l'enregistrement pour les droits dus par ce notaire, et ne vient pas seulement par concurrence avec cet autre privilège); Paris, 11 mars 1852, S. V. 52, 2, 176, 15 nov. 1853, S. V. 54, 2, 206, et D. P. 55, 2, 12 ; civ. cass. 18 janv. 1854, S. V. 54, 1, 198 ; P. 1854, 2, 130 ; req. rej. 31 janv. 1859, S. V. 60, 1, 376, 1re espèce ; P. 1859, 1109 ; civ. cass. 28 juill. 1868, S. V. 68, 1, 361 ; Palais, 1868, 932, et la note 1-2 ; D. P. 68, 1, 438 ; Nîmes, 29 déc. 1868, S. V. 69,

ministériels, de privilège, comme il en possède un sur celui

2, 143; P. 1869, 698 et le renvoi; Lyon, 20 avril 1872, D. P. 74, 2, 7; 20 mars 1874, S. V. 74, 2, 109; Paris, 12 avril 1874, D. P. 76, 2, 16. Notons enfin un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 14 juill. 1829, S. V., C. N., 9, 1, 331, qui décide que le privilège pour fait de charge sur le cautionnement des agents de change existe pour le transfert des fonds étrangers, cotés à la Bourse, de même que pour le transfert des fonds français. (Voy. arrêté consulaire 27 prairial an x, art. 13; arrêté du Conseil 24 sept. 1784, art. 12, et art. 76 C. comm.; *sic:* Paris, 4 juill. 1828; c'est le pourvoi formé contre l'arrêt de cette Cour, que l'arrêt précédent a rejeté.) — Merlin, *Rép.*, mot FAIT DE CHARGE; Dard, *op. cit.*, p. 25; Bioche et Gouget, mot CAUTIONNEMENT, n° 22; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, 1re éd., mot CAUTIONN. DE NOTAIRES, n° 39, et 2e éd., mot FAIT DE CHARGE, n° 3. Joindre les autorités rappelées par M. Gilbert, *C. civ. ann.*, sous l'art. 2102, nos 122 et suiv. Comp. Devill. et Gilb., *Table génér.*, t. 1, mots CAUTIONN. DE TITUL., nos 21 et suiv.; NOTAIRE, nos 445 et suiv.; et, en ce qui touche l'étendue et les effets du privilège accordé pour faits de charge sur les cautionnements de titulaires: *Table génér.*, mot AGENTS DE CHANGE, nos 49 et suiv.; *Table décenn.*, 1851-1860, mot CAUTIONNEMENT, nos 11 et suiv.; 1861-1870, même mot, nos 5 et suiv.; *Rép. gén. Pal.* et Suppl., mot CAUTIONNEMENT (FONCT.), nos 144 et suiv.; Dalloz, *Table de 22 ans*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 29 et suiv.; Ed. Clerc, *Traité du notariat*, t. 1, nos 189 et suiv.; MM. Valette, *op. cit.*, n° 76; Martou, *Des privil. et hypoth.*, II, 516; Pont, *op. cit.*, n° 171, et les arrêts cités par cet auteur, p. 150, note 1; Aubry et Rau, § 261-8°, t. 3, p. 164. Enfin MM. Beudant et Bufnoir se sont prononcés en ce sens à leur cours.

Il résulte notamment de ce qui précède, que le privilège de premier ordre ne garantit pas la restitution des sommes déposées par une personne chez un notaire qu'elle a chargé d'en opérer le placement, ou de les appliquer à un placement antérieurement convenu. (Trib. comm. de la Seine, 16 août 1832, *Gaz. Trib.* 12 oct. 1832; Douai, 20 déc. 1849, S. V. 50, 2, 109; Nîmes, 13 fév. 1851, S. V. 51, 2, 169; Paris, 11 mars 1852, S. V. 52, 2, 176; 15 nov. 1853, S. V. 54, 2, 206; civ. cass. 18 janv. 1854, S. V. 54, 1, 198, précités; voy. les notes qui accompagnent ces divers arrêts, et comp. Paris, 4 mars 1834, S. V. 34, 2, 221. Cet arrêt a décidé, à bon droit, qu'il y avait fait de charge donnant lieu au privilège de premier ordre sur son cautionnement, de la part du notaire qui, chargé de placer une somme d'argent, garde les fonds à lui confiés et ne remet à son client qu'une obligation entachée de nullité pour défaut de forme, lors bien que la nullité de l'acte n'ait encore été ni demandée ni obtenue. Voy. Dard, *op. cit.*, p. 30; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 66 et 81. — Comp. aussi *supra*.)

Il ne garantit pas davantage la créance qu'un client pourrait avoir contre son avoué qui, sans mandat de sa part, aurait touché pour son compte des sommes à titre de remboursement, lors bien que ce recouvrement n'aurait eu lieu qu'à la suite de menaces de poursuites dont le débiteur aurait été l'objet. (Toulouse, 15 mai 1844, D. P. 45, 2, 21; S. V. 46, 2, 25; comp. Dard, *op. cit.*, p. 28, et voy. à cet égard: L. 13 pr., fr. Paul., *De pact.*, D., II, 14, et L. 86, fr. Paul., *De solut. et liberat.*, D., XLVI, 3. Comp. aussi Parlement de Paris, 1er déc. 1735; Nouveau Denisart, *loc. cit.*; Dalloz, *Rép.*, *ubi supra*, n° 69. Cet arrêt du Parlement a été plus loin encore, et a décidé que le détournement par un avoué d'une somme qu'il a reçue en vertu d'une procuration à lui donnée par un client à qui il était dû en vertu de jugement, ne constitue pas un fait de charge.) — Mais, avec toute raison, l'arrêt précité de rejet de la Chambre des requêtes, du 14 mars 1849 (S. V. 49, 1, 508), a statué que le privilège existait dans le cas où un huissier aurait détourné des fonds par lui reçus à la suite, soit d'un commandement fait en vertu d'un titre exécutoire, soit du protêt d'un effet de com-

des comptables; mais il est entendu que, s'il avait recours,

---

merce. C'est qu'en effet, étant admis que le mandat conçu en termes généraux est suffisant pour donner au mandataire le pouvoir de toucher (art. 1988 C. civ.; comp. L. 12 pr., fr. Ulp., et L. 34 § 3, fr. Julian., *De solut. et liberat.*, D.; voy. aussi Pothier, *Traité des obligations*, n° 513, éd. Bugnet, t. 2, p. 278; Toullier, VII, 20; Duranton, XII, 47; Zachariæ, § 317, texte et note 1; Aubry et Rau, § 317, *b*, 1°, texte et note 4, p. 153), et que le mandat, à cet effet, peut même n'être que tacite (Pothier et Toullier, *locc. citt.;* Duranton, XII, 49 et suiv.; MM. Aubry et Rau, *loc. cit.*, texte, suite, et note 5; — sur le mandat tacite et sur la preuve de ce mandat, voy. les savantes observations de M. Labbé, qui accompagnent un arrêt de cass. du 29 déc. 1875, S. V. 76, 1, 401; P. 1876, 1038, et particulièrement, en ce qui touche le point qui nous occupe, la remarquable discussion jointe à l'arrêt du 22 nov. 1876, cité *infra*), l'huissier, porteur d'un acte exécutoire, dont il a été chargé de poursuivre l'exécution, ou d'un effet à ordre qu'il a reçu mission de protester, a qualité pour toucher au nom du créancier. (Pothier, *Traité des obligations*, *ubi supra;* Favard, *Rép.*, mot PAIEMENT, n° 3; Duranton, XII, 50, et XVIII, 222. Comp. req. rej. 3 déc. 1838, S. V. 39, 1, 339; voy. aussi Faber, *Institut. in Cod.* « *De solut. et liberat.* », def. 24; Berriat-St-Prix, t. 1, p. 74, et un passage de M. Lasagni dans son rapport qui a précédé l'arrêt précité de la Chambre des requêtes, S. V., *ubi supra*, 39, 1, 340, note 1; req. rej. 3 août 1840, S. V. 40, 1, 924, et l'arrêt précité de la même chambre, du 14 mars 1849; MM. Aubry et Rau, § 317, *b*, 1°, p. 153, texte et note 6.) — Mais il n'en faudrait pas dire autant de l'huissier auquel un simple billet s. s. p. aurait été remis à l'effet d'assigner le débiteur. (*Sic:* Duranton, *loc. cit.;* la note sous l'arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 14 mars 1849, précité; MM. Aubry et Rau, t. 4, § 317, *b*, 1°, même note 6, p. 153; — *Contra:* Toullier, VII, 20; M. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, III, art. 1239.) S'il en est autrement eu égard au notaire, cela tient uniquement à ce que, si, sans doute, on peut, suivant les circonstances, considérer ce fonctionnaire, rédacteur d'un acte portant que le paiement sera effectué dans son étude, comme ayant reçu pouvoir de toucher (civ. rej. 12 mars 1844, S. V. 44, 1, 321 et la note; P. 1844, 1, 790; Douai, 29 nov. 1862, S. V. 64, 2, 260, 2e espèce; P. 1864, 1151; comp. Metz, 23 fév. 1864, S. V. 64, 2, 260, 1re espèce; P. *eod.*; req. rej. 22 nov. 1876, S. V. 77, 1, 65, et la savante note qui l'accompagne; voir aussi MM. Aubry et Rau, Massé et Vergé, Larombière, aux passages cités ci-dessous), du moins, en principe, cette clause seule devrait être, en l'absence de circonstances spéciales, regardée comme insuffisante, pour avoir revêtu le notaire du mandat tacite dont nous parlons. (Voir art. 1239 et 1247 du C. civ.; Duranton, XII, 49 *bis;* Toullier, VII, n° 22; M. Larombière, *op. cit.*, III, art. 1239, n° 10, p. 91; req. rej. 6 frimaire an XIII, S. V., C. N., 2, 1, 30 et note 3; civ. cass. 23 juill. 1828, S. V., C. A., 28, 1, 308, et C. N., 9, 1, 140 et la note 1; civ. cass. 23 nov. 1830, S. V. 31, 1, 153, et C. N., 9, 1, 596 et note 3; civ. cass. 21 nov. 1836, S. V. 36, 1, 892; Douai, 29 nov. 1849, S. V. 50, 2, 223; Bordeaux, 11 juill. 1859, S. V. 60, 2, 92 et la note 1; P. 1860, 1014; Lyon, 16 fév. 1860, S. V. 61, 2, 607, et les deux arrêts de Douai, 29 nov. 1862, et de Metz, 23 fév. 1864, précités; Rennes, 11 avril 1867, S. V. 69, 2, 45 et la note; voir MM. Aubry et Rau, § 317, *b*, texte, suite, et note 7. *Junge* MM. Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 559, note 1.)

La majorité des auteurs décide de même que le privilège de premier ordre ne s'applique qu'aux condamnations prononcées à titre de restitution, de dommages-intérêts, ou de frais, et aux amendes ou réparations purement civiles encourues par les titulaires pour contravention aux règles de leur profession. (Civ. rej. 26 juill. 1858, S. V. 58, 1, 822.) Cela exclut l'extension du privilège spécialement aux amendes prononcées pour les crimes ou délits de droit commun, dont ils peuvent se rendre cou-

en qualité de partie privée, au ministère de ces officiers; il

---

pables dans l'exercice de leurs fonctions. (Persil, *Quest. hypoth.*, t. 1, p. 11; Dard, *op. cit.*, p. 42; Troplong, *Privil. et hypoth.*, t. 1, n° 210; Thomine-Desmazures, *Proc. civ.*, t. 1, n° 637: Zachariæ, § 261, note 3; Paris, 21 janv. 1837, S. V. 37, 2, 221; Rouen, 3 sept. 1856, S. V. 57, 2, 255; civ. rej. 26 juill. 1858, S. V. 58, 1, 822 et la note. — *Contra:* Metz, 28 fév. 1856, S. V. 56, 2, 321 et la note 3; l'arrêt de cette Cour a été cassé le 11 août 1857, S. V. 57, 1, 751, 1re espèce.) — En ce qui concerne les droits et doubles droits dus à la régie de l'enregistrement, à défaut de versements opérés par un *officier* dit *ministériel* des droits dus pour les actes de son ministère, les termes de la loi, « condamnations résultant d'abus... etc. », sont si étendus, que le privilège a été généralement reconnu en faveur de la régie. (Voy. civ. cass. 25 juill. 1827; instruction de la régie, n° 1229, § 8, rapportée dans le *Dictionn. d'enregistr.*, mot NOTAIRE, n° 125. *Sic:* Rolland de Villargues, mot CAUTIONN. DE FONCT., et A. Dalloz, *Comment. de la loi du 25 ventôse an* XI, n° 1016. — *Contra:* MM. Championnière et Rigaud, *Traité d'enregistr.*, t. 4, n° 3906. Voir, là-dessus, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 73.)

A l'égard des amendes prononcées au profit du fisc, Loyseau (liv. I, chap. IV, n° 65) lui refusait le privilège dans l'ancienne jurisprudence. Il est notoire, dit-il, que les cautions ou certificateurs des officiers ne sont pas tenus des amendes « qu'ils peuvent encourir pour leur malversation. » (Voy., dans le même sens, Basnage, *Des hypoth.*, ch. XIII, et l'arrêt par lui cité du Parlement de Paris, du 2 mars 1667; MM. Grenier, *Hypoth.*, t. 2, p. 98; Persil, *Quest. hypoth.*, t. 1, p. 11; Dard, *op. cit.*, p. 42; Pardessus, t. 1, n° 128; Thomine, t. 1, n° 63; Troplong, *Hypoth.*, nos 95 et 210; lettre du min. de la just., 19 mars 1808; Dalloz, *Rép.*, mots BOURSE DE COMMERCE, n° 389, et CAUTIONN. DE FONCT., n° 74.) L'opinion contraire a cependant été consacrée très-expressément par l'art. 3 de la loi du 9 juin 1819 sur la presse, et elle a été admise par les trois arrêts de la Cour de cass. des 11 juin 1811, 1er juin 1814, et 4 fév. 1822 (*junge* les motifs de l'arrêt de la même Cour du 25 juill. 1827), et par deux instructions de la régie, du 19 germinal an XIII, art. 277, et 1er août 1806, art. 313; enfin elle est enseignée par Merlin, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, et par MM. Roger, *Saisie-arrêt*, n° 15; Rolland de Villargues, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE TITUL., n° 38; Masson, *Code de l'enregistrement*, n° 3387; Pont, *op. cit.*, n° 171, p. 150. *Adde* le *Dictionn. de l'enregistr.*, mot CAUTIONNEMENT, n° 137. (Voy., là-dessus, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., *ubi supra.*)

Quoi qu'il en soit de cette question, un point nous paraît être hors de doute : c'est que le droit des créanciers pour faits de charge proprement dits, affecte les fonds du cautionnement d'une manière tellement absolue, que la régie, lors bien qu'on doive la considérer comme privilégiée, pour le recouvrement de l'amende, sur le cautionnement ne peut pas nuire à l'exercice de ce droit, et que les créanciers dont nous parlons priment également le Trésor, en ce qui concerne les amendes civiles. (Art. 2098, 2102, 7°, 2202 C. civ.) Il n'y a, quoi qu'on en ait dit parfois, aucune inconséquence à admettre à la fois cette donnée, et à accorder à la régie un privilège pour amendes résultant de condamnations, ainsi que le font les partisans de cette doctrine. (Voy. Dalloz, *loc. cit.* n° 77, *et infra*), qui, d'après ses adversaires, ne semble pas être dans l'esprit des lois institutives des privilèges dont nous nous occupons, et spécialement de la loi du notariat, qui a servi de base aux lois subséquentes.

Au sujet de ce vieux principe, que les créanciers pour faits de charge exercent leur privilège par préférence au fisc, créancier d'amendes, et qu'en conséquence, les fonds des cautionnements ne peuvent pas être saisis pour le paiement des amendes prononcées contre les titulaires dans l'exercice de leurs fonctions, au préjudice desdits créanciers pour faits de charge, on peut comparer les lois 11, fr. Javolenus; 17, fr.

jouirait du privilège à raison des faits de charge (140).

Enfin, en ce qui concerne le privilège de second ordre accordé au bailleur des fonds destinés à former, en tout ou partie, le cautionnement d'un fonctionnaire ou officier public, notons que le tiers prêteur de deniers doit, s'il veut s'assurer cette garantie, remplir certaines formalités légales prescrites à cet effet (141). Spécialement, le privilège n'existe qu'à la condition que le bailleur de fonds ait reçu du titulaire du cautionnement une déclaration notariée (142).

Modestin.; 37, fr. Papinian., et 48 § 1, fr. Paul., *De jure fisci*, D., XLIX, 14; Const. unic., *De pœnis fiscal. credit. præf.*, C. Just., X, 7 ; Dard, *op. cit.*, pp. 41 *in fine* et suiv. ; Pardessus, t. 1, n° 128 ; M. Pont, *loc. cit.;* req. rej. 7 mai 1816, S. V., C. A., 17, 1, 55, et C. N., 5, 1, 187 ; Paris, 21 janv. 1837 précité, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 74. — Voy., sur tout ceci, MM. Aubry et Rau, t. 3, § 261-8°, p. 164, texte et notes.

Remarquons en terminant, à propos de l'exercice du privilège de premier ordre, que la jurisprudence reconnaît que, lorsque la loi spéciale qui le crée, n'impartit pas de délai dans lequel il doive être invoqué, à peine de déchéance, on ne serait pas fondé à invoquer cette déchéance à raison de la tardiveté de l'action. C'est ce qu'a spécialement jugé la Cour de Lyon, le 29 avril 1875 (S. V. 77, 2, 99 et la note), en ce qui concerne les agents de change. Elle a décidé que la loi n'ayant fixé aucun délai dans lequel le privilège pour faits de charge sur le cautionnement des agents de change dût être exercé, ce privilège est régi par les principes généraux, et que, dès lors, il est indifférent que le créancier n'ait pas formé son action dans les délais qu'une délibération de la Chambre syndicale a impartis aux agents de change, pour terminer leurs opérations, s'il est constant d'ailleurs qu'il n'a pas voulu faire novation de sa créance. (Comp. req. rej. 14 juill. 1829, S. V., C. N., 9, 1, 331, et M. Alauzet, *Comment. du Code de comm.*, 2e éd., t. 2, n° 698.)

(140) M. Pont, *op. cit.*, n° 171.

(141) Voir, sur ce point, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n°s 80 et suiv. — Les justifications à faire, pour prouver le prêt, sont réglées par la loi du 25 nivôse an XIII, art. 4, et par les décrets des 28 août 1808 et 22 déc. 1812 ; nous y renvoyons le lecteur. — Comp., dans Fenet, t. 15, pp. 355 *in fine* et 356, les paroles de M. Regnaud et celles de M. Bérenger. Voy. enfin M. Valette, *op. cit.*, n° 100.

(142) Civ. rej. 4 déc. 1848, S. V. 49, 1, 5. — Peu importe, d'ailleurs, que cette déclaration précède ou accompagne le versement des fonds au Trésor ; faite à une époque ultérieure, elle serait encore utile et ne ferait pas moins preuve légale, malgré sa tardiveté, de la réalité du prêt et de l'emploi des fonds au cautionnement du titulaire, sauf, bien entendu, l'admission de la preuve contraire, au cas de simulation et de fraude, et sauf aussi que, si le prêt était antérieur de plus de huit jours à la déclaration devant notaire, le privilège, aux termes de l'art. 2 du décret du 22 déc. 1812, ne pourrait s'exercer que sous la réserve des oppositions ; mais, ces restrictions mises à part, il n'en est pas moins vrai que le privilège est assuré aux prêteurs, alors même que la déclaration exigée à cet effet du titulaire par la loi du 25 nivôse an XIII, et aussi par le décret du 22 déc. 1812 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 875. — Joindre loi 6 ventôse an XIII ; décret 28 août 1808, et loi 24 avril 1833, art. 5 ;

Ajoutons qu'il n'est opposable aux autres créanciers, qu'autant

---

eod., p. 785, et 2e série, p. 163) n'aurait été faite qu'à une époque postérieure au versement des fonds de cautionnement dans la caisse du Trésor. (Civ. rej. 16 avril 1855, S. V. 55, 1, 813 et la note ; comp. notre note 143 ; Bordeaux, 22 juill. 1862, S. V. 63, 2, 20 ; *Journal Pal.*, 1855, t. 2, p. 169 ; 1863, p. 413 ; trib. civ. Versailles, 12 juin 1879, *Gaz. Trib.* des 30 juin-1er juill., p. 634, col. 3.; voy. le 3e considér. Comp. M. Pont, *op. cit.*, n° 174, p. 152, note. — Comp. notre note 144.) Mais cette décision présuppose naturellement l'admission d'un point de doctrine, généralement consacré du reste par la jurisprudence, à savoir que le privilège de second ordre ne peut être stipulé qu'au profit de ceux-là seuls qui ont prêté les fonds du cautionnement, et que le titulaire d'un office ne peut, après avoir fourni son cautionnement de ses propres deniers, conférer un pareil privilège à un tiers, en déclarant que les fonds de son cautionnement appartiennent à ce tiers. C'est la solution à laquelle nous nous sommes de même arrêté. (Voy. note 138, p. 126.) — Il convient, au surplus, de ne pas se laisser induire en erreur par la qualification assez trompeuse donnée à cette déclaration ; quoiqu'elle ait reçu la dénomination de déclaration de propriété, elle n'a d'autre but et d'autre résultat que de procurer le bénéfice du privilège de second ordre au tiers prêteur, qui ne reste aucunement propriétaire des deniers par lui versés. Les textes législatifs précités (voy. note 133 et le début de la présente note) ne lui accordent qu'un privilège de second ordre. Or « privilège et propriété sont exclusifs l'un de l'autre », a fort bien dit M. Carette. (Voy. ci-dessous l'indication du passage.) Et il a même été décidé avec raison, que la propriété cessait d'appartenir au bailleur de fonds, lors bien que le versement aurait été fait directement par ce tiers, sous son nom, qu'il lui en aurait été délivré personnellement un récépissé, et que les intérêts lui en auraient été régulièrement payés ; qu'ici enfin ne s'appliquent pas les art. 2077 et 2079 C. civ. (Rouen, 13 janv. 1855, D. P. 55, 2, 99.) Deux arrêts cités *infra*, l'un de Rouen, du 15 avril 1806, l'autre de Paris, du 24 avril 1834, ont cependant décidé que le bailleur reste propriétaire. Mais deux arrêts de la Cour de cass., des 17 juill. 1849 et 11 mars 1861 (voy. *infra*), appréciant mieux la nature de l'acte par lequel le bailleur se dessaisit des fonds qu'il verse à titre de cautionnement, ont jugé de la façon la plus formelle et la plus remarquable, que, par là, il en aliène la propriété, et que ses droits sont désormais réduits à ceux d'un simple créancier, qui ne les exercera qu'après les créanciers privilégiés en premier ordre du titulaire du cautionnement. Et c'est pourquoi nous avons signalé (note 138, p. 124) les paroles de M. Bérenger comme entachées d'une erreur manifeste. (Voy. Fenet, t. 15, p. 356. « M. Bérenger dit que l'usage est d'expédier la quittance à celui qui fournit les fonds, en énonçant qu'ils l'ont été pour le cautionnement d'un tiers ; *qu'ainsi la propriété des deniers est conservée au bailleur.* » Treilhard a dit de même, lors de la discussion du Code civil, que les bailleurs de fonds étaient propriétaires du cautionnement [comp. Paris, 24 avril 1834 ; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 79 et 85], et qu'on n'a pas besoin de privilège sur sa propre chose. Voir Locré, *Législ. civ.*, t. 17, p. 245.) — Que si, maintenant, on se demande pourquoi le bailleur de fonds ne vient qu'en sous-ordre, la raison en est aussi simple qu'apparente. Cela tient, incontestablement, à ce que la destination du cautionnement est précisément de servir de garantie aux créances résultant de faits de charge, c'est-à-dire d'abus et prévarications (M. Valette, *op. cit.*, n° 99), et à ce que le tiers prêteur est censé avoir baillé ses fonds pour cette fin première. (Voy. *infra*.) Mais une fois ces créances satisfaites, quel inconvénient pouvait-il y avoir à accorder un privilège aux prêteurs ? Aucun, assurément, si l'on songe surtout qu'il a pour but de faire appel au crédit, en favorisant ceux qui le fournissent, et que, fondé non-seulement sur une idée de justice et d'équité manifeste, il repose encore sur une interprétation de volonté aussi évidente que celle que nous venons d'émettre, pour justifier sa

qu'il a été inscrit au Trésor (143)*, et que c'est dans cette inscrip-

---

place au second plan. (Voy. note 138.) Ces diverses propositions sont mises pleinement en lumière par les deux orateurs cités en notre note 138 : « Ce n'est qu'à la garantie de la gestion de leur débiteur qu'ils affectent leur propriété, ce n'est que de la moralité de cette gestion qu'ils veulent répondre », a dit M. Mollien, en présentant le projet de la loi du 25 nivôse an XIII. Et M. Daru, orateur du Tribunat, disait à son tour : « Dans ce cas, le prêteur exercera le droit de *se ressaisir de sa chose* ; mais il ne pourra se plaindre de ne pouvoir la ressaisir qu'après que le cautionnement aura été déclaré libre et affranchi de sa première hypothèque, puisque, en prêtant ses fonds, il aura été prévenu du privilège réservé à cette première destination ».

Des prémisses par nous posées, il résulte que les simples créanciers chirographaires du titulaire du cautionnement, qui en est le véritable propriétaire, pourraient fort valablement pratiquer sur lui une saisie-arrêt, ou y former opposition (voy. sur ce point, *infra*), ce qui devrait, le cas échéant, donner ouverture à une procédure de distribution par contribution, suivie en la forme ordinaire et soumise aux règles habituelles. (Civ. rej. 17 juill. 1849, S. V. 50, 1, 529 et la note 1, et D. P. 50, 1, 131. *Contra :* Rouen, 15 avril 1806, S. V., C. N., 2, 2, 133 ; Paris, 24 avril 1834, S. V. 34, 2, 218 ; Dard, *op. cit.*, pp. 74 et suiv. Comp. toutefois p. 94. — Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 79, 82 *in fine*, 85 et 106.) — De cette même idée que le bailleur de fonds cesse, par suite du prêt qu'il fait de ses deniers, d'en être propriétaire, pour en devenir simple créancier avec privilège de second ordre, la Cour de cass. a tiré une conséquence des plus remarquables, et que voici : c'est que, si le créancier dans l'intérêt de qui le cautionnement a été fourni, prélève ou retient sur ce cautionnement ce qui lui est dû, le tiers prêteur ne saurait être réputé par là *avoir payé* la dette de ses propres deniers, et jouir, par suite, du bénéfice de la subrogation légale (art. 1251, 3°, C. civ.) dans les droits du créancier. D'où il résulte que, lorsque, en recouvrant le surplus du cautionnement, le bailleur de fonds a renoncé à des garanties accessoires qu'avait stipulées le créancier, cette renonciation tombe en réalité à faux et sur néant : car elle porte sur des droits dont le paiement a fait évanouir la cause, droits qui ne lui ont jamais appartenu et qu'il n'aurait pas pu transmettre. C'est donc en vain que ses propres cautions prétendraient vouloir la lui opposer, afin de puiser leur décharge, en vertu de l'art. 2037 C. civ., dans ce prétendu fait d'abandon de garanties de la part du cautionné ; ce dernier n'a en réalité causé aucun préjudice à ses cautions, qui seraient, en conséquence, mal venues à se plaindre et qui n'ont jamais été dans le cas d'invoquer quant à ce l'exception *cedundarum actionum* de l'art. 2037 C. civ. (Civ. cass. 11 mars 1861, S. V. 61, 1, 401. Voy. la très-savante note de M. Carette, qui accompagne cet arrêt. Nous sommes heureux de partager entièrement le sentiment de cet éminent jurisconsulte, sur le caractère vrai du bailleur de fonds, *lequel n'est pas une* CAUTION, *mais un* ALIÉNATEUR. Comp. aussi Troplong, qui présidait précisément le jour où cet arrêt a été rendu ; *Cautionnement*, n° 27.)

Ainsi que le fait très-judicieusement remarquer M. Carette, c'est peut-être bien grâce à l'imperfection de notre langue juridique, imperfection dont nous trouvons ici un nouvel exemple, qu'on a été amené à confondre des choses essentiellement différentes en soi. « Parce qu'on appelle *cautionnement* », écrit-il, « le dépôt d'une somme d'argent par une personne pour garantie de son administration, ou de celle d'une autre, on est porté à croire que celui qui a déposé le cautionnement et qu'on appelle si justement le *bailleur de fonds* est une *caution*..... Mais rien au monde ne diffère plus, nonobstant la similitude des termes, qu'une *caution* et un *bailleur de fonds de cautionnement*... »

La Cour suprême, partant toujours de la même idée, avait antérieurement

* Voir note 143, page 137.

tion, à sa date, qu'il puise son efficacité à leur égard (144).

---

décidé que les intérêts produits par le cautionnement d'un entrepreneur de fournitures publiques (on peut sans inconvénient généraliser), saisi par les créanciers de sa gestion et déposé à la caisse des consignations, sont affectés, comme le capital lui-même, au paiement de ces créanciers par préférence au tiers bailleur des fonds du cautionnement : car n'étant qu'un *prêteur* et non pas une *caution* dans le sens des art. 2011 et suiv. C. civ., il n'est pas fondé à prétendre que l'attribution faite aux créanciers des intérêts en sus du capital, étend au-delà de ses limites le cautionnement qu'il a fourni. (Req. rej. 6 janv. 1840, S. V. 40, 1, 16 ; D. P. 40, 1, 83. Comp. req. rej., même jour, S. V. 40, 1, 13 ; D. P. 40, 1, 82.) Il est bien entendu, au reste, que le bailleur de fonds, valablement en possession de son privilège, peut disposer du droit qui lui appartient, et qu'il lui est notamment loisible d'en faire usage par une cession au profit d'un tiers. (Req. rej. 17 nov. 1841, S. V. 42, 1, 335. Comp. Paris précité, 4 mars 1834, S. V. 34, 2, 209 ; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 83, 87 et 106 ; Favard, mot CAUTIONNEMENT, sect. 3, § 4 ; Dard, *op. cit.*, pp. 68 et suiv. ; Rolland de Villargues, no 95.) Et comme le dit fort exactement, à nos yeux, l'arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 17 nov. 1841 : « Attendu, en droit, que tout ce qui est dans le commerce peut être cédé, lorsque l'aliénation n'en est pas prohibée par la loi, et que la cession des droits du bailleur de fonds d'un cautionnement n'est interdite par aucune disposition des lois de la matière ; que la loi du 25 nivôse an XIII et les décrets des 28 août 1808 et 22 déc. 1812, en déterminant les formalités à remplir pour conserver les droits du bailleur de fonds d'un cautionnement, ne lui a pas interdit la faculté de transmettre ces droits à un tiers ; etc. » — Cet arrêt est, à un autre point de vue, curieux à enregistrer, en ce qu'il décide en outre, conformément à l'arrêt de la Cour d'Amiens du 9 avril 1840, contre lequel était formé le pourvoi, que le transport d'une créance *privilégiée* sur des fonds qui se trouvent entre les mains d'un tiers autre que le débiteur, est valablement notifié non au débiteur, mais au détenteur des fonds ; qu'ainsi, cette notification saisit le cessionnaire à l'égard des tiers, et spécialement à l'égard des créanciers du cédant. On peut dire, en effet, qu'en pareille hypothèse, la prescription de l'art. 1690 C. civ. est rigoureusement exécutée, puisque le véritable débiteur est le détenteur des fonds affectés au paiement de la dette, par cette raison fort simple, que c'est à lui qu'il faut s'adresser en définitive pour obtenir le remboursement de la créance cédée.

On peut, du reste, argumenter par analogie en ce sens de l'art. 557. C. pr. civ. qui, au cas de saisie-arrêt, dispose formellement qu'elle doit être signifiée, non au débiteur sur lequel elle est formée, mais au tiers détenteur des sommes ou effets qu'elle a pour objet d'atteindre. Il nous semble évident que la disposition de l'art. 1690 C. civ. a dû plutôt avoir en vue le débiteur réel que le débiteur nominal de la créance cédée.

(143) Le privilège de second ordre existe à partir de l'inscription au Trésor, de la déclaration faite au profit du bailleur de fonds, et non pas seulement à la date du visa du contrôle central sur le certificat d'inscription, cette dernière formalité ne constituant qu'une mesure d'ordre dans l'intérêt du Trésor. (Voir loi du 24 avril 1833, art. 5, et civ. rej. 16 avril 1855, D. P. 56, 1, 164.) Nous rappelons que, d'après ce même arrêt, le certificat de non-opposition qui doit accompagner la déclaration authentique, après le versement d'un cautionnement, que les fonds en ont été fournis par un tiers, est régulier, quoiqu'il ait été fourni postérieurement à cette déclaration et n'y ait point été mentionné. Il suffit qu'il soit produit au moment de l'inscription de la déclaration sur les registres du Trésor. (Comp. la note précédente, *in initio*.)

(144) Tirons de là deux conséquences :

1° Si, antérieurement à l'accomplissement de cette formalité, des créanciers avaient formé opposition sur les fonds du cautionnement, ils auraient par là mis obstacle à

II. Arrivons, cela dit, à un point assez délicat, c'est-à-dire aux oppositions ou saisies-arrêts pratiquées sur les cautionnements (145).

Au seuil même de cette matière, il convient de constater, d'une part, qu'une saisie-arrêt ne peut être pratiquée que pour une créance liquide et certaine (146), et, d'autre part, que le Trésor,

---

ce que le privilège pût être exercé à leur détriment. (Civ. rej. 19 juill. 1842, S. V. 42, 1, 584, et la note ; Dalloz, *Rép.*, mot. CAUTIONN. DE FONCT., n° 82. Cet arrêt fait application du décret du 28 août 1808, en décidant que le privilège de second ordre n'existe qu'à partir de l'inscription de ce privilège à la caisse d'amortissement, ou au Trésor public. Voy. Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 785, note 1. — Comp. Bourges, 8 mars 1844, D. P. 45, 2, 155. Voir aussi trib. civ. Versailles précité, 12 juin 1879, 3e consid., *Gaz. Trib.*, 30 juin-1er juill., p. 634, col. 4.)

2° L'inscription faite seulement après le jugement déclaratif de la faillite du titulaire, serait tardive. (Civ. rej. précité, 4 déc. 1848, S. V. 49, 1, 5. Comp. loi du 25 nivôse an XIII, art. 2 et 4 ; décret du 22 déc. 1812, art. 4. — Voir, sur ce privilège de second ordre : MM. Valette, *op. cit.*, nos 98 à 100 inclus ; Aubry et Rau, 4e éd., t. 3, § 263 *bis*, III, *a*, pp. 193 et suiv.)

Ajoutons qu'entre plusieurs bailleurs de fonds, c'est la priorité de date qui décide de l'ordre de collocation. (Comp. M. Rolland de Villargues, mot CAUTIONN. DE T I.)

Nous terminerons, sur ce point, en indiquant que le privilège du bailleur de fonds sur le cautionnement d'un traitant est primé par le privilège du sous-traitant. (Angers, 23 janv. 1850, D. P. 50, 2, 86.) — Comp., sur les deux privilèges dont il vient d'être question : Dalloz, *Rép.* mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 51 et suiv.

(145) Voir, sur ce point, Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 97 et suiv.

(146) Paris, 7 août 1878, *Gaz. Trib.* du 12 oct., p. 995, col. 1 ; trib. civ. de la Seine, 18 oct. 1879, *Gaz. Trib.* du 24, p. 1039, col. 3. L'arrêt de Paris tire de ce principe cette conséquence, qu'une saisie-arrêt ne saurait être validée sous le prétexte que la somme dont elle doit garantir le paiement est l'objet d'une instance pendante devant un tribunal ; d'où cette déduction que le juge ne peut surseoir à statuer sur la validité d'une saisie-arrêt formée dans ces conditions, jusqu'à ce que le tribunal, saisi de la question du fond se soit prononcé sur l'existence de la créance réclamée. La Chambre des requêtes toutefois, par arrêt de rejet du 19 mars 1879 (*Gaz. Trib.* du 21, p. 269, col. 2 *in fine*), a décidé qu'une saisie-arrêt a pu être validée quoique faite pour sûreté d'une créance qui n'était ni liquidée, ni exigible, alors que, d'une part, aux termes de l'art. 559 C. pr. civ., le juge avait fait, en l'autorisant, une évaluation provisoire de cette créance, et que, d'autre part, le créancier avait pu, en vertu de l'art. 1180 C. civ., et comme bénéficiaire d'une créance à terme ou conditionnelle, faire tous les actes conservatoires de son droit. — Ajoutons qu'on ne peut non plus pratiquer de saisie-arrêt que sur un capital exigible. (Voy. applic. : Rennes, 30 juill. 1879, *Gaz. Trib.* 15 oct., p. 1007, col. 1, confirmant un jugem. du trib. civ. de Nantes.)

Lorsqu'une instance en saisie-opposition est anéantie par la péremption, la Cour de Paris, par arrêt du 21 mars 1879 (*Gaz.* du 18 avril, p. 379, col. 1), a décidé que les paiements, faits par le tiers-saisi, à ses risques et périls, entre les mains du saisi, doivent être déclarés valables, puisque l'extinction de la procédure remet les choses au même et semblable état qu'avant la date de la saisie-opposition. Le saisissant qui, comme dans l'espèce, a formé une nouvelle saisie-arrêt entre le moment de la demande en péremption et celui de l'acquiescement à cette demande, ne peut requérir

constitué par la loi consignataire des fonds des divers cautionnements, n'étant pas autre chose qu'un débiteur de leurs différents titulaires, c'est entre les mains de ce débiteur spécial qu'un créancier de l'officier formera saisie-arrêt ou opposition (147), pour recevoir satisfaction de sa créance; d'où il suit que les condamnations obtenues contre les titulaires des cautionnements ne peuvent être exécutées contre le ministre des finances, que dans la forme des saisies-arrêts ou oppositions (art. 557 et suiv. C. pr. civ.), et non par voie de saisie-exécution (148).

Cela posé, nous dirons que trois sortes de créanciers peuvent être autorisés ou admis à pratiquer des saisies-arrêts ou oppositions sur les fonds des cautionnements des *officiers* dits *ministériels*, compris dans l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816; ce sont:

1° Les créanciers pour faits de charge;

2° Les tiers bailleurs des fonds des cautionnements;

3° Les simples créanciers ordinaires ou chirographaires, c'est-à-dire tous ceux qui, à la différence des personnes rentrant dans les deux premières catégories, ne jouissent ni du privilège de premier ordre, ni du privilège de second ordre.

L'article 1er de la loi du 25 nivôse an XIII distingue, de la manière la plus nette, ces trois sortes de créanciers sur les cautionnements (voy. note 161 *infra*), et elle les autorise manifestement à faire opposition, les uns comme les autres. Est-il maintenant nécessaire que les créanciers de la première et de la troisième catégorie aient un titre? (Ceux de la seconde en ont forcément

---

la nullité de la déclaration affirmative, en se fondant sur ce que le tiers-saisi ne se reconnaît détenteur que de sommes dues depuis la nouvelle saisie-arrêt, et non pas de celles arrêtées par la précédente saisie, sur le mérite de laquelle il n'avait pas à se faire juge.

(147) Ces deux expressions sont aujourd'hui synonymes. (Voy. Boitard et Colmet-Daage, *op. cit.*, 11e éd., t. 2, p. 199, n° 814.) C'est ce qu'on peut induire très-aisément du rapprochement continuel de ces deux termes dans la rubrique même et au cours du titre des saisies-arrêts ou oppositions. (Art. 557 et suiv. C. pr. civ.)

(148) Voy. sur ce point, un arrêt de cass. cité par Dard, *op. cit.*, p. 79, du 11 juin 1811, S. V., C. N., 3, 1, 359. Voy. aussi Merlin, qui cite le même arrêt, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, § VII, et comp. *infra*, note 183.

un.) Non. Il leur suffit d'une permission du juge, conformément à l'art. 558 C. pr. civ. (149).

Les développements par nous donnés, touchant les bailleurs de fonds, nous dispensent de revenir sur eux (150). Nous ne nous occuperons donc ici que des créanciers qui rentrent dans le premier et le troisième groupes. — A leur égard, l'art. 2 de la loi du 25 nivôse an XIII trace des formalités communes, destinées à éviter de la part du titulaire de l'office le trop grand empressement qu'il pourrait mettre à vouloir retirer, à leur préjudice, les fonds de son cautionnement, et sur lesquelles il est inutile d'insister à nouveau, puisque nous les avons déjà passées en revue (151). Contentons-nous de noter simplement que les originaux des oppositions doivent, aux termes de l'art. 3 de la même loi, rester déposés pendant vingt-quatre heures au bureau des oppositions (établi autrefois à

(149) Nous pensons avec M. Mollot que cette dernière formalité est de rigueur, bien que cette opinion ait été contestée.

(150) Voir, quant à la forme dans laquelle ils doivent faire l'opposition, Dalloz, *loc. cit.*, nos 80 et suiv.

(151) Cet article 2 est ainsi conçu : « Les réclamants, aux termes de l'art. précédent, seront admis à faire sur ces cautionnements des oppositions motivées, soit directement à la caisse d'amortissement (aujourd'hui bureau des oppositions établi au ministère des finances, division de la dette inscrite), soit au greffe des tribunaux dans le ressort desquels les titulaires exercent leurs fonctions ; savoir : pour les notaires, commissaires-priseurs, avoués, greffiers et huissiers, au greffe des tribunaux civils ; et pour les agents de change et courtiers, au greffe des tribunaux de commerce. » — Les oppositions doivent être motivées, c'est-à-dire qu'elles doivent énoncer la créance pour laquelle elles sont faites. Elles sont d'ailleurs soumises aux formalités établies par le décret du 18 août 1807, et par les lois de finances des 9 juill. 1836 et 8 juill. 1837, et par l'art. 11 d'une ordonnance du 16 sept. suivant. Dalloz (*Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 102) pense que cette législation spéciale « ne semble pas permettre de recourir aux formalités tracées dans les art. 567 et suiv. C. pr., ainsi que cela résulte soit du préambule du décret du 18 août 1807, soit du but de l'opposition dont le caractère n'est le plus souvent que conservatoire. »

Nous ferons, sur le texte de cet article 2, l'observation suivante, relative aux bailleurs de fonds : Si, en principe, la déclaration au profit des prêteurs des fonds de cautionnement tient lieu, à leur égard, aux termes de l'art. 4 de la loi de l'an XIII, de l'opposition que les autres créanciers sont tenus de faire, pour arriver à l'exercice de leurs droits, ils pourraient, dans le cas où elle aurait été omise, y suppléer par une opposition faite dans les termes de l'art. 2 de la même loi ; car cet article autorise les réclamants, sans distinction, à faire l'opposition. Toutefois, en pareille hypothèse, l'opposition devrait être signifiée au Trésor, qui, seul, peut recevoir la déclaration sur l'origine des deniers du cautionnement. Si on se contentait de la signifier au greffe, elle n'aurait d'autre effet, pour le bailleur de fonds, que celui qu'elle produit pour les opposants ordinaires. (Voy. décret du 28 août 1808, art. 3, et décret du 22 déc. 1812,

la caisse d'amortissement, aujourd'hui au ministère des finances, division de la dette inscrite) ou au greffe, pour être visés par qui de droit (152), et que ces oppositions doivent ensuite être dénoncées au débiteur saisi, avec assignation en validité de la saisie, et contre-dénoncées, enfin, soit au ministre des finances, soit au greffier des tribunaux civils ou de commerce (153); il faut, au reste, se conformer aux dispositions du Code de procédure civile. (Art. 557 et suiv.) (154).

---

art. 4.) Au surplus, l'opposition se périmerait par cinq ans, à compter de sa date, si elle n'était pas renouvelée (Lois du 9 juill. 1836, art. 14, et du 8 juill. 1837, art. 11. — Comp. note 153 *infra.)*, et elle laisserait, dans tous les cas, à juger par les tribunaux la valeur et la légitimité du titre sur lequel on fonde le privilège du second ordre.

(152) C'est-à-dire, soit par le conservateur des oppositions au ministère des finances, soit par le greffier du tribunal où les oppositions ont été signifiées, selon qu'il s'agit d'oppositions faites au Trésor public ou bien de toutes autres que celles-là. La loi, en laissant aux créanciers des titulaires la faculté de former opposition au Trésor ou aux greffes, a voulu leur faciliter les moyens de faire les actes conservatoires de leurs créances dans le lieu même où ils ont contracté avec leurs débiteurs pour l'exercice de leurs offices. C'est dans un but analogue qu'un édit de Versailles, de mars 1706 Isambert, *Anciennes lois franç.*, t. 21, p. 485, n° 1999), avait créé, dans chacune des provinces et généralités du Royaume, un office de *greffier conservateur des hypothèques des offices*, qui pouvaient être exercés sans provision, chargé de recevoir les oppositions des créanciers sur les offices; ceux-ci étaient auparavant obligés de former leurs oppositions à Paris, entre les mains des *garde-rôles des offices* établis auprès de la chancellerie.

(153) Observons que les oppositions formées entre les mains du ministre produisent un résultat plus effectif que celles formées aux greffes, en ce que les oppositions formées aux greffes, sur les fonds des cautionnements, n'arrêtent que le remboursement des capitaux, et non du tout le paiement des intérêts versés annuellement par le Trésor aux titulaires ou aux bailleurs de fonds, porteurs de certificats de privilège du second ordre, tandis que les oppositions formées entre les mains du ministre des finances, et visées par le conservateur des oppositions, arrêtent le paiement de ces intérêts. (Voy. avis du Cons. d'Etat du 12 août 1807, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 750. — Joindre circul. du direct. gén. de l'enregist. du 22 juill. 1847, *iid.*, *eod.*, 2e série, année 1847, p. 90. Rappelons, comme nous l'avons dit, note 133, que cette circulaire est en opposition avec les art. 13 et 14 de la loi du 9 juill. 1836. — Voir aussi loi du 8 juill. 1837, art. 11. — Devill. et Car., *eod.*, 2e série, pp. 318 et 358.) — Il convient de remarquer ici que la forme de procéder qui vient d'être indiquée cesse d'être applicable dans les colonies et dans l'île de Corse, lorsque le cautionnement a été fourni en immeubles. (Voy. *supra*, note 135.) La garantie des créanciers ne peut alors s'exercer qu'en provoquant la vente des immeubles, dans les formes judiciaires prescrites au titre des Partages et Licitations du C. de pr. civ. (Voy. une ordonn. rendue pour la Corse, le 4 juill. 1821.)

(154) Un très-intéressant arrêt de la Cour d'appel de Saïgon (Cochinchine française), en date du 20 sept. 1875, et l'important arrêt de la Chambre des requêtes du 12 nov. 1877, qui rejette le pourvoi formé contre lui, ont, à ce sujet, décidé que, les

Mais ce n'est pas le tout, pour un créancier opposant sur les fonds du cautionnement de son débiteur, d'avoir obtenu une déclaration de validité de son opposition, et une condamnation (155) portant que le ministre des finances videra ses mains jusqu'à concurrence de la créance qui a servi de base à l'opposition, ou du montant de la condamnation. Encore faut-il savoir si un pareil jugement est susceptible d'une exécution immédiate, ou si plutôt le créancier ne doit pas attendre, pour requérir cette exécution, jusqu'à ce qu'il ait fait purger le cautionnement des faits de charge dont il pourrait être grevé? En d'autres termes, quels vont être, au regard des créanciers du titulaire, les effets des jugements qui ont déclaré valables des saisies-arrêts formées sur les fonds des cautionnements?

Il convient de distinguer, sur ce point, les causes de l'opposition, et, par suite, celles de la condamnation, laquelle peut être motivée, ou bien sur un fait de charge, à raison duquel la loi accorde au créancier un privilège de premier ordre, ou bien sur une créance ordinaire (156).

---

saisies-arrêts, formées entre les mains des représentants du Trésor public, étant régies par une législation spéciale, remontant aux décrets des 14-19 fév. 1792 et 30 mai-8 juin 1793, et confirmée par décret du 18 août 1807 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 181, 232 et 751), si cette législation ne touche pas aux rapports du saisissant avec le débiteur saisi, réglés par le C. de pr. civ., elle se suffit à elle-même, en ce qui concerne les formalités à remplir entre le saisissant et le Trésor public ; elle exclut, en conséquence, l'application des art. 564 et 565 du C. de pr. civ. — Ces deux arrêts disposent en outre :

α. — Que le cessionnaire substitué aux droits d'un créancier du Trésor, et qui a réellement reçu paiement au lieu et place de ce créancier, ne peut, pas plus que ne le pourrait ce dernier lui-même, échapper au recours que l'art. 1242 du C. civ. accorde au tiers saisi, jusqu'à concurrence des sommes payées au préjudice du droit d'un saisissant ;

β. — Que si, d'ailleurs, c'est, comme dans l'espèce, à l'aide d'une cession frauduleuse, concertée avec le débiteur pour dépouiller les autres créanciers de leur gage, que le cessionnaire a touché la totalité de la somme due par le Trésor, l'art. 1378 du C. civ. met obstacle à ce qu'il se plaigne d'avoir été condamné à rembourser ce qu'il a reçu en sus de ce qui lui était dû réellement par son débiteur. (Voy. *Gaz. Trib.* 14 nov. 1877, p. 1095, col. 2.)

(155) Voir, à ce sujet, l'arrêt de Limoges de 1842, cité *supra*, note 137, pp. 119 *in fine* et suiv.

(156) En procédant de la sorte, nous ne faisons que nous conformer aux données de la doctrine et de la jurisprudence, qui, en ce qui concerne les effets de l'opposition, ont établi une différence marquée entre le cas où l'opposition provient d'un créancier pour fait de charge, et celui où elle est formée par un créancier ordinaire.

A. — En ce qui touche les créances résultant de faits de charge, la pratique nous présente trois étapes successives, qu'il est intéressant de parcourir.

I. — Pendant longtemps et jusqu'en 1834, paraît-il (157), la caisse d'amortissement d'abord, le Trésor public ensuite (ou le ministère des finances) chargé du service des cautionnements (158), exécutaient les jugements de condamnations pour faits de charge (et même pour des créances ordinaires et non privilégiées) dans trois cas :

α. Lorsque ces jugements étaient en dernier ressort;

β. Alors même que ces jugements étaient susceptibles d'appel, mais à la condition d'un acquiescement de la part du titulaire du cautionnement;

γ. Si ces jugements avaient acquis, de quelque manière d'ailleurs que ce fût, l'autorité de la chose jugée.

Enfin, lorsqu'une semblable condamnation avait été prononcée par un arrêt, le Trésor ou le ministre des finances vidait ses mains jusqu'à concurrence des forces du cautionnement et des intérêts dus, et cela immédiatement, c'est-à-dire sans attendre la cessation des fonctions du titulaire par son décès, sa démission ou sa destitution (159).

II. — Cependant, un scrupule mêlé de doutes finit par s'élever sur la régularité de ces paiements immédiats, effectués tant par la caisse d'amortissement que par le ministère des finances, sur la notification à eux faite des jugements ou des arrêts qui avaient prononcé la validité des saisies-arrêts ou oppositions formées sur

---

(157) Dard, *op. cit.*, p. 95.

(158) Rappelons que la loi du 28 avril 1816 (art. 98 et suiv.) a supprimé l'ancienne caisse d'amortissement. — Comp. les ordonn. des 8 et 22 mai 1816, et les trois ordonn. du 3 juill. suivant, ainsi que les notes qui les accompagnent, dans les *Lois annotées* de MM. Devill. et Car., 1re série, pp. 954 et suiv., et 960 et suiv. — Voy. note 138.

(159) Le ministre des finances, en exécutant ainsi ces jugements ou arrêts, se fondait, pour agir de la sorte (et il avait grand'raison), sur l'art. 33, 2e alin., de la loi du 25 ventôse an XI, disposition étendue par la jurisprudence et par l'usage suivi à la caisse d'amortissement et au Trésor public, et appliquée par analogie, quoiqu'étant spéciale aux notaires, à tous les *officiers* dits *ministériels*, assujettis à des cautionnements pour la garantie des condamnations prononcées contre eux par suite de l'exer-

les fonds des cautionnements, à raison des condamnations obtenues contre les titulaires, soit pour faits de charge, soit pour des créances ordinaires. Il se manifesta et se traduisit, dans la pratique, par le retard, contraire à son habitude déjà lointaine, apporté par le Trésor, c'est-à-dire par le directeur de la dette inscrite, chargé du service des cautionnements, à mettre à exécution des jugements et arrêts qui lui avaient été notifiés, à ce qu'il paraît, depuis plus d'une année. — Quelles étaient donc les raisons juridiques sur lesquelles s'était fondé l'ancien usage? Quels étaient, en même temps, les motifs prétendus légitimes qui pouvaient faire douter de son admissibilité, et les objections qui semblaient se dresser contre la longue pratique de la caisse d'amortissement et du Trésor public?

En sa faveur, le ministre des finances, qui, comme on le sait, a supplanté le Trésor pour le service des cautionnements, pouvait, avons-nous dit, note 159, invoquer le second alinéa de l'art. 33 de la loi du 25 ventôse an XI (160), et l'article 1 de la loi du 25 nivôse an XIII (161). — De la combinaison de ces deux articles, on avait justement conclu que les condamnations devaient être exécutées au profit des créanciers, sans que ceux-ci fussent obligés

---

cice de leurs fonctions. — Il se conformait ainsi à la jurisprudence de la C. de cass., qui s'était très-fermement affirmée par deux arrêts, l'un du 26 mars 1821 (cassant un jug. du trib. civ. de Mende du 25 août 1819), l'autre du 4 fév. 1822, que nous aurons l'occasion de citer à nouveau ci-dessous. Le texte de ces trois décisions est d'ailleurs rapporté dans Dard. (*Op. cit.*, pp. 100 et suiv., et pp. 85 *in fine*, et 86.)

(160) « Lorsque, par l'effet de cette garantie, » porte ce texte, « le montant du cautionnement aura été *employé* en tout ou en partie, le notaire sera suspendu de ses fonctions, jusqu'à ce que le cautionnement ait été entièrement *rétabli ;* et, faute par lui de rétablir, dans les six mois, l'intégralité du cautionnement, il sera considéré comme démissionnaire, et remplacé. » — Un texte que les auteurs oublient trop fréquemment de citer, et qui est également bien formel dans le même sens, est relatif aux agents de change ; c'est le second alinéa de l'art. 13 de la loi du 27 prairial an X. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 604.) Il est ainsi conçu : « Lorsque le cautionnement aura été *entamé,* l'agent de change sera suspendu de ses fonctions jusqu'à ce qu'il l'ait *complété* entièrement, conformément à l'arrêté du 29 germinal an IX. » Ce texte, rapproché du 1er alinéa et combiné avec lui, milite de la façon la plus puissante en faveur du paiement immédiat.

(161) Cet article est ainsi conçu : « Les cautionnements fournis par les agents de change, les courtiers de commerce, les avoués, greffiers, huissiers et les commissaires-priseurs, sont, comme ceux des notaires (art. 33 de la loi du 25 ventôse an XI),

d'attendre la cessation des fonctions du titulaire de l'office. Il n'y a, au reste, qu'à jeter les yeux sur le premier des deux textes sus-indiqués, notamment, pour reconnaître que la conséquence que tirait l'administration de son rapprochement avec le second s'imposait à elle comme nécessaire et forcée, puisqu'il suppose que les fonds du cautionnement ont été *employés en tout ou en partie,* par suite des condamnations obtenues contre le titulaire de l'office, lequel est néanmoins encore bien en vie, et n'est pas plus démissionnaire qu'il n'est tombé sous le coup d'une destitution (162).

On fait cependant, à cette solution toute naturelle et toute logique, des objections de divers genres. Elles se dédoublent et forment deux catégories : dans la première, figurent celles qu'on peut alléguer dans l'intérêt privé des créanciers ; dans la seconde, celles qu'on prétend invoquer dans l'intérêt public.

a) Voici d'abord les principaux arguments puisés dans l'intérêt privé qu'on oppose à notre doctrine ; ils sont au nombre de cinq :

1° On invoque, en premier lieu, l'art. 5 de la loi du 25 nivôse an XIII elle-même, qui prescrit les formalités à suivre pour purger les fonds des cautionnements des privilèges de premier ordre, dont ils peuvent être grevés pour des faits de charge. Mais ce premier argument manque de tranchant. C'est ce dont on se rendra compte aisément, pour peu que l'on observe que cet article se place dans une hypothèse toute différente de celle en vue de laquelle l'art. 33 de la loi du 25 ventôse a été écrit. (*Junge* toujours l'art. 13, 2e alinéa, de la loi du 27 prairial an X.) Tandis, en effet, que ce dernier texte suppose l'emploi total ou partiel des fonds du cautionnement durant l'exercice de la fonction, et pro-

---

affectés par premier privilège à la garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions; par second privilège, au remboursement des fonds qui leur auraient été prêtés pour tout ou partie de leur cautionnement, et subsidiairement au paiement, dans l'ordre ordinaire, des créances ordinaires qui seraient exigibles sur eux. »

(162) C'est ce motif qui a été invoqué par la Cour de cass., et qu'on trouve énoncé dans les considérants de son arrêt du 4 fév. 1822. (Voy. *supra*, note 159.)

nonce, à titre de mesure conservatoire, une simple suspension, ou présume une démission, l'art. 5 de la loi de nivôse vise le cas particulier où le titulaire, désirant cesser ses fonctions et retirer son cautionnement, se trouve en présence de fonds absolument et forcément (163) libres et supposés manifestement tels par l'article (164), en ce sens du moins qu'ils sont actuellement à l'abri de toute opposition ou saisie-arrêt pratiquée sur eux, ou de toute condamnation prononcée contre le titulaire (165) ; et alors il organise une véritable purge dans l'intérêt des créanciers hypothétiques qui se pourraient présenter dans un avenir de trois mois (166). Chacune de ces dispositions édicte donc des précau-

(163) Forcément, disons-nous, puisque, si le montant du cautionnement avait été employé en tout ou en partie, le titulaire serait ou suspendu, ou remplacé comme démissionnaire. (Art. 33, 2e alin., loi de ventôse.) Voir, toutefois, la note 165, *infra*.

(164) Voyez, en effet, comment il est conçu : « Les notaires, avoués, greffiers et huissiers près les tribunaux, ainsi que les commissaires-priseurs, seront tenus, avant de pouvoir réclamer leur cautionnement à la caisse d'amortissement, de déclarer au greffe du tribunal dans le ressort duquel ils exercent, qu'ils cessent leurs fonctions. Cette déclaration sera affichée dans le lieu des séances du tribunal, pendant trois mois ; après ce délai, et après la levée des oppositions directement faites à la caisse d'amortissement, *s'il en était survenu* (dans ce délai, apparemment), leur cautionnement leur sera remboursé par cette caisse, sur la présentation et le dépôt d'un certificat du greffier, visé par le président du tribunal, qui constatera que la déclaration prescrite a été affichée dans le délai fixé ; que *pendant cet intervalle*, il n'a été prononcé contre eux aucune condamnation pour faits relatifs à leurs fonctions, et qu'il n'existe au greffe du tribunal aucune opposition à la délivrance du certificat, ou que les oppositions *survenues* ont été levées. »

(165) Réserve faite, cependant, du cas où ces faits auraient précédé la déclaration de cessation de fonctions par un si court intervalle de temps, que l'emploi des fonds n'ayant pas encore pu être fait, la suspension n'aurait point été prononcée par la force même des choses. Dans cette hypothèse spéciale, nous pensons que, satisfaction ne pouvant être donnée au créancier qu'après ladite déclaration, les fonds du cautionnement ne pourraient être entamés à son profit qu'à l'expiration des trois mois accordés aux autres créanciers pour faire apparaître leurs droits rivaux, parallèles et égaux. Cela tient à cette idée, que la déclaration dont s'agit frappe d'indisponibilité les fonds du cautionnement, et rend impossible, dans le délai indiqué, toute collocation individuelle.

(166) Le but unique des formalités prescrites par l'art. 5 a été de provoquer, à partir de la déclaration dont nous avons parlé, des oppositions ou des condamnations, dans le délai que la loi impartit pour leur accomplissement, que ces oppositions, saisies-arrêts ou condamnations viennent s'ajouter à d'autres qui les auront précédées, et qui ne pourront jamais être de vieille date (voir la note précédente), ou qu'elles frappent un cautionnement jusqu'alors vierge de toute atteinte de ce genre. — Aussi bien, croyons-nous être dans le vrai, en trouvant une analogie frappante entre cette purge *sui generis*, dont nous nous occupons ici, et la purge des hypothèques non inscrites

tions diverses, selon les cas, et entoure les créanciers de garanties protectrices de leurs droits, garanties variables suivant que l'on se trouve encore au cours de la gestion, ou qu'on est en présence d'une déclaration de cessation de fonctions.

Dès lors, l'art. 5 ne nous paraît en aucune façon mettre obstacle à ce que l'art. 33 de la loi de ventôse sorte son plein et entier effet. Ce sont là deux dispositions spéciales, qui se meuvent chacune dans sa sphère déterminée d'application et ne se contrarient pas plus qu'elles ne se contredisent. De là cette double conséquence que, d'une part, ce n'est nullement violer l'art. 5 de la loi de nivôse que de faire l'application de l'art. 33, 2e alinéa, de la loi de ventôse, et que, de l'autre, ce serait déroger à ce dernier texte que d'aller imposer à des cas par lui formellement prévus et réglés, des exigences qui ne sont édictées que pour d'autres hypothèses.

2° et 3° Mais, ajoute-t-on, tous les créanciers auxquels la loi confère le privilège de premier ordre ont un droit égal sur les fonds du cautionnement de leur débiteur, qui est leur gage commun, pour le paiement de leurs créances, et de plus, en matière de privilège, la règle est posée par les articles 2096 et 2097 C. civ.,

---

ou purge légale, destinée, elle aussi, à faire surgir des inscriptions (voir édit de juin 1771, Tripier sous l'art. 2194 C. civ.; art. 2193 et suiv. C. civ.; avis du Cons. d'Et. 9 mai-1er juin 1807, Tripier sous l'art. 2194), comme la nôtre à susciter des oppositions ou saisies-arrêts à provenir de condamnations futures ou même déjà prononcées. Pas plus l'une que l'autre ne sont faites, la première pour nettoyer des hypothèques préexistantes, sinon en germe, du moins en ce sens qu'elles seraient dès maintenant assises sur l'immeuble par une inscription déjà prise, la seconde pour débarrasser le cautionnement d'oppositions ou saisies-arrêts ou de condamnations qui l'auraient antérieurement grevé. La pensée du législateur est bien adéquate à elle-même en ces deux matières. Il veut que les droits se révèlent, là par une inscription prise dans les deux mois, ici par une opposition ou une saisie-arrêt pratiquée dans les trois mois, dont le but effectif et le résultat dernier seront de développer un germe frappé, sans elles, de stérilité. — De telle sorte que la formule à laquelle nous arrivons, pour caractériser d'un mot le sens et le but des formalités de l'art. 5, est celle-ci : ce sont des prescriptions édictées par la loi, pour développer dans l'avenir le germe d'un droit préexistant. — Il ne faudrait pas nous objecter que cette formule ne conviendrait pas au cas dans lequel l'opposition ou la saisie-arrêt serait faite en vertu d'une condamnation obtenue postérieurement à la déclaration de la cessation des fonctions, attendu que les jugements seront toujours ici déclaratifs, et jamais attributifs de droit.

aux termes desquels : « Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges. » — « Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang, sont payés par concurrence » ; double traduction de la maxime traditionnelle que Paul formule en ces termes : « *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa ; et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.* » (167) Et alors l'objection est des plus simples. Si, dit-on, le ministre des finances, consignataire ou débiteur des fonds du cautionnement, vide de suite ses mains, jusqu'à due concurrence, entre celles d'un créancier opposant ou porteur d'un jugement de condamnation, par ce paiement immédiat du montant de sa créance, avant la purge des autres créances pouvant avoir aussi privilège de premier ordre sur les deniers consignés à titre de cautionnement, il peut causer un préjudice considérable, irréparable même, aux titulaires de ces dernières, alors que, cependant, leur droit absolu et incontestable était de concourir avec le créancier désintéressé par suite de sa plus grande diligence. — De plus, poursuit-on, la loi aurait induit en erreur les créanciers postérieurs, si elle avait octroyé le droit aux créanciers antérieurs de faire ce que le débiteur commun n'aurait pas pu faire lui-même, c'est-à-dire, si elle leur avait permis de retirer tout ou partie des fonds du cautionnement sans l'observation des formalités et avant l'expiration des délais prescrits par l'art. 5 de la loi de nivôse, pour avertir les créanciers privilégiés du titulaire du cautionnement, qu'il va être retiré, et pour leur donner le temps de faire les actes conservatoires de leurs créances (168). Puisque cet article établit une espèce de purge des créances privilégiées sur les fonds du cautionnement, tant que cette purge n'a pas été opérée, ces

---

(167) L. 32, *De reb. auct. jud. possid.*, D., XLII, 5.

(168) Cet argument est moins que concluant ; car il arrive bien souvent qu'un créancier peut faire ce que son débiteur n'aurait pas le droit d'effectuer. Des exemples bien saillants et incontestables se rencontrent à propos des divers cas d'exercice de l'action révocatoire paulienne. (Art. 1167 C. civ. Comp. art. 622, 788, 1053, 1464, 2225 C. civ.)

fonds doivent demeurer dans la caisse du Trésor public (169).

Nous nous sommes attaché à dessein à grouper ces diverses objections, pour leur faire à toutes deux une réponse topique : c'est que les lois qui nous semblent autoriser un paiement immédiat (art. 13, 2e alin., loi de prairial, et art. 33, 2e alin., loi de ventôse) respectent si complètement et avec un tel scrupule les principes que nos adversaires nous opposent, que :

1° Elles prononcent la suspension du notaire (pour nous en tenir au plus récent des deux textes cités), jusqu'au complet rétablissement par lui de son cautionnement ;

2° Allant plus loin encore, la loi de ventôse considère ce fonctionnaire public comme démissionnaire, faute par lui de l'avoir rétabli dans les six mois.

Quelle peut être la raison de tout ceci ?

S'il est un fait qui nous paraisse indubitable, c'est que la loi, prévoyant la double hypothèse d'une absorption *totale* et *partielle* du montant du cautionnement (art. 33, 2e alin., loi de ventôse), n'a pu évidemment, pour prononcer la suspension, ou présumer la démission, partir de cette seule idée que le notaire est inhabile à exercer sans cautionnement (art. 33, 1er alin.) ; et cela, par cette raison péremptoire que, si tel était le motif de sa décision, elle oublierait immédiatement l'un des deux cas qu'elle présente, savoir : celui où le montant du cautionnement n'aurait été *employé* que *partiellement*, puisqu'en pareille occurence, il y aura toujours cautionnement, quelque insuffisant qu'il soit devenu, par suite des circonstances. Qu'est-ce à dire, sinon qu'il faut chercher ailleurs l'esprit de la loi ? Or, où le rencontrer à la fois plus manifeste et plus juste, si ce n'est dans cette double idée, essentielle dans notre droit :

---

(169) Cet argument a été réfuté par avance, quand nous avons repoussé la première objection. Rappelons simplement que cette purge n'est organisée que dans un seul cas : celui où il y a une déclaration de cessation de fonctions. Il nous paraît impossible de lui assimiler celui d'une suspension ou d'un remplacement par suite de démission présumée.

α. Que l'antériorité de date d'une saisie ne confère pas privilège au premier saisissant, à l'encontre des autres (170) ;

β. Et que les créanciers privilégiés pour une même cause viennent au marc le franc sur cette partie du patrimoine du débiteur commun qui leur est spécialement affectée (art. 2097 C. civ.) ?

Et c'est bien là ce que la loi a voulu dire, quoique d'une façon un peu voilée peut-être, quand elle a écrit le second alinéa de l'art. 33. Que si, en effet, le cautionnement venant à être frappé d'opposition ou de saisie-arrêt, et le ministre désintéressant le créancier, et entamant, par là même, la garantie commune des autres privilégiés, la peine de suspension est prononcée contre le notaire, pour durer (ce qui ne peut excéder six mois) jusqu'à l'entier rétablissement de cette sûreté collective, à quoi cela pourrait-il bien tenir, sinon au désir du législateur de prévenir les divers intéressés de cette attribution immédiate, et d'éviter ainsi d'autres collocations individuelles ? Car il arrivera forcément :

---

(170) Voy., sur ce principe, que la priorité de l'opposition ne constituant pas une cause de préférence, au profit du premier saisissant, contre les autres saisissants ultérieurs, il en résulte que, quelle que soit la date de l'opposition, tous les créanciers opposants viennent en concours : les art. 2093, 2094, 2095 C. civ. ; 575, 579, 656 et suiv. C. pr. civ. ; Boitard, t. 2, pp. 210 *in fine* et suiv., 12e éd., et civ. cass. 5 août 1856, D. P. 56, 1, 336, et S. V. 57, 1, 170. Comp. note 137, *supra*. — Il en était autrement dans la *Coutume de Paris* de 1580, dont l'art. 178 portait : « Le créancier qui fait premier arrêter et saisir valablement, ou prendre par exécution aucuns meubles appartenans à son débiteur, doit être le premier païé. » (Voy., sur cet article, la savante note d'Eusèbe de Laurière, *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 2, p. 149, éd. de Paris, MDCCLXXVII.) — Un semblable privilège ne saurait être aujourd'hui reconnu au premier saisissant, vu le silence de notre loi sur ce point. (Voy. notes 138 et 139, *supra*.) C'est précisément de cette idée qu'on pourrait être tenté de tirer contre nous une objection, qui, d'ailleurs, serait facile à écarter. Vous violez la loi, pourrait-on nous dire, en permettant à une saisie-arrêt, première en date, fût-elle même validée par jugement passé en force de chose jugée, de l'emporter sur des saisissants ultérieurs, qui viennent à leur tour, avant le paiement effectif, former des oppositions nouvelles. Tous les saisissants devraient venir par concurrence. Nous reconnaissons que le premier saisissant n'a pas de privilège à l'égard des autres créanciers ; mais, ce qu'on est obligé de nous accorder, c'est que ce premier saisissant pourra valablement répliquer : Je n'ai pas, sans doute, de privilège à invoquer contre vous ; mais je ne dois pas souffrir de votre retard. Je ne suis pas contraint de vous attendre. Et, de la sorte, il infligera aux opposants postérieurs la peine de leur négligence.

α. Ou bien que le créancier opposant ou saisissant sera seul ; alors les articles 2096 et 2097 C. civ. n'auront plus rien à faire dans le débat. Il n'y a pas de doute, ici, que la collocation aura été définitive *ab initio*. Quant à l'officier, il retirera les fonds non atteints de son cautionnement, en cas de remplacement ;

β. Ou bien que ce même privilégié verra surgir à côté de lui des co-créanciers jouissant du même bénéfice et de la même garantie que lui ; dans ce cas, on devra, sans doute, mettre en œuvre les articles ci-dessus visés ; mais qui en mettra les principes en mouvement ? La loi elle-même ; car il est essentiel de ne point oublier que le débiteur est suspendu ; que, dès lors, art. 52, 1er alinéa, loi de ventôse, aussitôt après qu'il a été touché par la notification de sa suspension, il a dû (sauf les peines dont il pourrait se rendre passible : même alinéa ; comp. art. 197 C. pén.) « cesser l'exercice de son état » ; que, par suite, il lui est désormais impossible (légalement au moins), considéré qu'il est comme se trouvant en état de déconfiture, de faillite partielle relativement à son cautionnement, de se créer pour l'avenir de nouveaux créanciers pour faits de charge.

Concluons : Tous les créanciers, autres que celui qui a usé de diligence, tous les créanciers pour faits de charge existant lors de l'opposition ou de la saisie-arrêt, n'auront à s'en prendre qu'à eux si, à raison d'évènements qu'on peut aisément prévoir en cas de saisie-arrêt ou d'opposition même partielle (171), ils ne reçoi-

(171) Par exemple, le créancier diligent a fait une opposition, jusqu'à concurrence de... sur les fonds du cautionnement. D'autres créanciers (peu importe leur nombre) se présentent ensuite, dont les oppositions ou saisies-arrêts absorbent et au-delà la partie laissée intacte des fonds. Sans doute, si le premier saisissant n'a point encore reçu paiement, ses co-créanciers ne manqueront pas de lui imposer la loi du concours (art. 2096 et 2097 C. civ. ; 575, 579 et 656 et suiv. C. pr. civ.) ; mais il se peut aussi que, le contraire se soit produit et que tout recours soit devenu impossible, à raison même du principe que Paul formule en ces termes : « *Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit...* » (L. 44, *De condict. indeb.*, D., XII, 6.) — Il peut même arriver que sans avoir encore touché, et nonobstant l'idée que les différents opposants ou saisissants viennent au marc le franc, le premier saisissant ou opposant ait acquis un droit exclusif du droit des autres (voy. art. 575 et 579 C. pr. civ. Ce dernier article laisse, au surplus, à peu près intacte l'importante question de savoir à quel instant précis le saisissant acquerra, sur la créance, un droit irrévocable et exclusif) ; et

vent pas une satisfaction intégrale (172)*. Ils étaient munis d'un

---

c'est ce qui se présentera quand il aura obtenu un jugement de validité de la saisie, non susceptible d'opposition ou d'appel. L'idée première, à cet égard, consiste en ce que le jugement qui déclare une saisie-arrêt valable, et ordonne au tiers saisi de vider ses mains en celles du saisissant, opère en faveur de ce dernier une subrogation, une cession, un transport, ou une délégation judiciaire, qui le rend propriétaire de la somme saisie, en vertu d'une acquisition judiciaire. — [Nous avons rencontré toutes ces expressions, *subrogation*, *cession*, *transport*, *délégation judiciaire*, soit dans les auteurs, soit dans les décisions judiciaires dont la mention suit. Elles sont bien loin d'être synonymes, et d'avoir la même valeur et la même portée. Il faut donc avoir le plus grand soin de ne pas les confondre. (Voy., sur ce point, Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, nos 453 et suiv.) Le principal intérêt de la question se rencontre au sujet de la responsabilité du saisi, en cas d'insolvabilité survenue chez le tiers saisi. Pour qui sera la perte? Pour le saisi, ou pour le saisissant, suivant que le jugement de validité qui attribue à ce dernier les sommes saisies et lui donne le tiers saisi pour débiteur, sera considéré comme n'emportant pas, ou comme emportant la libération du débiteur primitif. Or, la difficulté sera tranchée dans un sens ou dans l'autre, selon le titre que l'on envisagera comme étant celui en vertu duquel le saisissant devient propriétaire de la somme arrêtée. Ce titre peut être triple, le jugement pouvant être considéré comme un *transport*, auquel cas l'art. 1694 C. civ. sera applicable, comme une *délégation parfaite*, hypothèse dans laquelle l'art. 1276 recevant son application, la solution sera la même, sauf toutefois le cas de réserve expresse, ou enfin comme contenant une *délégation imparfaite*, cas dans lequel l'art. 1275 C. civ. tranchera la question en sens inverse. C'est dans ce dernier sens qu'inclinent les auteurs (Pigeau, cité par Dalloz, *loc. cit.*; M. Chauveau, n° 1972 *quater*) et les arrêts. (Bourges, 27 juin 1820 : Toulouse, 22 janv. 1829. Comp. Nîmes, 24 avril 1828; Dalloz, *op. et loc. citt.*, et n° 454.) On tire argument, en faveur de cette opinion, de l'art. 133 C. pr. civ., lequel établit que l'avoué qui a obtenu distraction des deniers dus à son client, n'en conserve pas moins son action contre sa partie. Les arrêts que nous venons de citer sont très-conformes aux principes du Code sur la novation (art. 1271 et suiv.), ainsi qu'à l'ancien droit, et au droit romain, surtout sous Justinien. La novation, on le sait, ne se présume pas. (Voy. Const. 8, *De nov. et deleg.*, C. Just., VIII, 42, et un arrêt du Parlement de Toulouse rapporté par Catelan, liv. V, ch. XLVIII. *Junge* Dalloz, *op. cit.*, nos 453 et suiv.) La jurisprudence est constante en ce sens que, en matière de novation, c'est aux juges du fait qu'il appartient de rechercher et d'apprécier l'intention des parties d'après le texte des conventions, et les circonstances de la cause, et que leur décision, à cet égard, échappe au contrôle de la Cour de cass. (Civ. rej. 20 nov. 1877, S. V. 78, 1, 71, et les renvois de la note 3.) Mais il appartient à la Cour suprême de vérifier si la novation, déclarée par les juges du fait, présente les caractères légaux exigés par l'art. 1271. (Voy. les arrêts cités à la note 3 susindiquée.) Il résulte de ce qui précède, que, même après le jugement de validité, le saisi reste toujours débiteur du saisissant.] — (Voir, sur le principe posé, les art. précités du C. pr. civ. Comp. à ce sujet, la *Table générale* de MM. Devill. et Gilbert, mot SAISIE-ARRÊT, nos 178 et suiv., et Dalloz, *Rép.*, même mot, nos 444 et suiv. C'est là un point de jurisprudence et de doctrine à peu près unanime et constant. Toutefois, quelque imposante que soit la jurisprudence en faveur de cette doctrine, il existe quelques rares arrêts en sens contraire. Nous nous bornerons à signaler les suivants : Paris, 30 juin 1826, S. V., C. A., 27, 2, 100; C. N., 8, 2, 251 et note 2; Dalloz, *Rép.*, *ubi supra*, n° 446-1°, et 452-1°; Paris, 17 mars et 24 juin 1836, S. V. 36, 2, 264 et suiv. et la note, et 354; Dall., *Rép.*, *loc. cit.*, nos 447-2°, et 452-1°. Comp. encore, dans ce même

* Voir note 172, page 159.

droit égal ; que n'en ont-ils usé en temps utile et opportun ? Ils doivent être sans cesse aux écoutes et se hâter : *Jura vigilantibus prosunt, non dormientibus.*

---

sens : Roger, *De la saisie-arrêt*, n° 642. On se fonde à tort, pour soutenir cette opinion, d'abord et principalement, sur ce que les privilèges sont de droit étroit, et qu'aucun texte de loi, pas plus en matière de saisie-arrêt, qu'en matière de saisie-exécution, ou de toutes autres voies de poursuite, n'a attribué au saisissant un droit de préférence sur les choses saisies ; puis sur les art. 579, 573 et 575 du C. pr. civ. [Voy. Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 446.] *Junge* des applications curieuses de cette doctrine, dans les arrêts suivants : Rennes, 19 juill. 1820 ; Paris, 11 nov. 1841 ; 10 mai 1842 ; Dalloz, *Rép.*, *eod. verb.*, n°s 446 - 2°, et 447 - 1° ; Grenoble, 29 déc. 1818, Dall., *ibid.*, et mot DISTRIB. PAR CONTRIBUT., n° 94-2° ; Bourges, 27 juin 1820, Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n°s 446 - 2° et 453 - 1° ; trib. civ. de la Seine, 25 mars 1834, Dall., même mot, n° 446 - 1° et 3°. — Comp. Dalloz, même mot, n°s 50 et 52.)

Mais, nous le répétons, le principal argument opposé par ce système consiste à dire que l'opinion contraire établit un privilège au profit du créancier saisissant, au préjudice des créanciers qui viennent, à leur tour, former opposition avant le paiement effectif, ou, comme on l'a dit spirituellement, *entre la bourse et le denier*. Cette objection ne nous paraît pas fondée. Le juge ne crée pas de privilège ; il fait le paiement à la place du débiteur, qui est censé le consentir par son intermédiaire : or, nul n'oserait soutenir que, si le saisi avait reçu du tiers saisi, et payé ensuite le saisissant, on aurait un recours contre ce dernier, afin de le forcer à venir par contribution avec les autres créanciers. Il est, au reste, bien difficile de soutenir qu'un jugement qui, après avoir reconnu la sincérité d'une créance, ordonne au tiers saisi, pour l'acquitter, de verser à son titulaire les sommes qu'il doit au saisi, *quoi faisant bien et valablement libéré*, ne contienne pas novation, lorsqu'il est constant qu'il rend le saisissant créancier direct du tiers saisi, contre lequel il peut agir par voie d'exécution. (Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 445.) — Voy. dans le sens de la saisine, par l'effet du jugement de validité : MM. Gilbert, *C. de pr. ann.*, art. 579, n°s 2 et suiv.; Carré, *Lois de la procéd.*, n° 1971, t. 4, p. 639 ; Chauveau sur Carré, t. 4, p. 639 ; Demiau, sur l'art. 579 ; Proudhon, *De l'usuf.*, t. 4, n° 2270 ; 1re éd., t. 5, p. 90, n° 2270 ; Rauter, *Cours de proc. civ.*, p. 326 ; Pigeau, *Comment.*, t. 2, pp. 75 et 171 ; Thomine-Desmazures, t. 2, p. 80, n° 653. (Cet auteur fait toutefois une réserve, relativement aux sommes non encore exigibles, dues par le tiers saisi ; voy. *infra* N.-B.); *Annales du not.*, t. 4, p. 56 ; Dalloz, *loc. cit.*, n° 445 ; Boitard et Colmet-Dâage, t. 2, n° 833, 12e éd.; req. rej. 28 fév. 1822, S. V., C. A., 22, 1, 217 ; C. N., 7, 1, 33 et note 2 ; Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 445-1° ; Nancy, 23 août 1824, S. V., C. A., 24, 2, 358, et C. N., 7, 2, 430 et la note 2 ; Dall., *Rép.*, *ibid.* ; Lyon, 24 août 1827, S. V., C. A., 27, 2, 260 ; C. N., 8, 2, 410 et la note 2 ; 22 mars 1830, S. V., C. A., 31, 2, 238 et la note ; C. N., 9, 2, 420 et note 4, et req. rej. 14 juin 1826, Dall., *eod.*, n° 445-2° ; Angers, 3 avril 1830, S. V., C. A., 30, 2, 147 ; C. N., 9, 2, 427 et la note 2, et Dalloz, *ubi supra*, n° 450. — (N.-B. — Cet arrêt, tout en consacrant le principe par nous posé, contient une exception très-raisonnable à l'idée de la saisine résultant, pour le créancier saisissant, du jugement de validité par lui obtenu, en ce qu'il admet que, par rapport aux sommes non encore exigibles, la survenance de nouvelles saisies, ou même la survenance de la faillite du débiteur, avant l'exigibilité, fait cesser, pour l'avenir, le droit exclusif du premier créancier saisissant, et que, de ce moment, les sommes qui deviennent exigibles doivent être distribuées entre tous les créanciers indistinctement, au marc le franc. Comp., dans le même sens : Paris, 19 déc. 1854, S. V. 55, 2, 72 et la note ; Alger, 23 nov. 1867, S. V. 68, 2, 85 et note 3 ; MM. Thomine-Desmazures,

Une nouvelle distinction démontrera du reste, avec évidence, la justesse de notre pensée.

Si l'on suppose d'abord que le cautionnement n'est pas rétabli, il est clair qu'en pareille occurrence, les autres créanciers n'auront, en cas de malheur, ainsi qu'il a été dit, qu'à déplorer leur inertie ; et nul n'ignore que les créanciers prudents, en général,

---

Comment. sur le code de pr. civ., t. 2, n° 633 ; Roger, *Saisie-arrêt*, n° 650 ; Carré et Chauveau, *Lois de la pr.*, quest. 1972, et Chauveau, *Suppl.*, *ibid.*; Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 448. — *Contra :* civ. cass. 30 ou 31 janv. 1842, Dalloz, *Rép.*, même mot, n°s 449 et 445-6°, et S. V. 42, 1, 119 et la note 1-2. Comp. req. rej. précité, 28 fév. 1822, Dalloz, *eod.*, et n° 445-1°. — Au reste, la jurisprudence reconnaît que, abstraction faite du droit qui peut compéter à tous les créanciers saisissants, la saisine résultant du jugement de validité s'opère aussi bien à l'égard d'une créance à terme, qu'à l'égard des créances exigibles. Voy. Orléans, 6 mars 1847, P. 1847, 1, 506 et la note ; req. rej. 5 janv. 1857, S. V. 57, 1, 691 ; Chambéry, 8 mars 1862, S. V. 62, 2, 529. — On n'ignore pas, d'ailleurs, que la Cour de cassation n'hésite pas à décider qu'en matière de transport de créances, conventionnel ou judiciaire, la loi n'établit aucune distinction entre les créances échues et celles à échoir, liquides ou non liquides, certaines ou éventuelles, et que les unes, tout comme les autres, peuvent être l'objet d'une cession, aussi bien que d'une saisie-arrêt. Mais c'est aussi un principe constant que la saisie-arrêt ne peut avoir lieu, pour sûreté d'une créance conditionnelle, tant que la condition ne s'est pas réalisée : Dijon, 12 mars 1874, S. V. 74, 2, 210 et les renvois ; Poitiers, 12 déc. 1876, S. V. 78, 2, 39 ; M. Bertin, *Ordonn. sur requêtes*, t. 1, n° 300. Comp. Caen, 5 mai 1836, Dalloz, *Rép.*, *loc. cit.*, n° 449 et mot RENTES CONSTITUÉES, n° 219. — Comp. aussi note 146, *supra*) ; — Nîmes, 8 fév. 1832, S. V. 32, 2, 336 ; Rennes, 24 mars 1835, S. V. 36, 2, 264 ; req. rej. 20 mai 1839, S. V. 39, 1, 785 et la note ; Bourges, 14 juill. 1851, S. V. 51, 2, 737 et la note 1. — (Cet arrêt tire une importante conséquence du point de vue posé. C'est que la saisie-arrêt pratiquée dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite du saisi, et suivie d'un jugement de déclaration de validité attributif de propriété exclusive des sommes saisies, rendu avant le jugement déclaratif de la faillite, ne saurait être annulée, comme rentrant dans les actes d'aliénation défendus au failli par l'art. 446 du C. de comm. Peu importe que le jugement de validité n'ait acquis que plus tard l'autorité de la chose jugée ; art. 557 et 579 C. pr. civ. Comp., sur ce point : MM. Esnault, *Des faillites*, t. 1, n° 205, et Bédarride, *Des faillites*, t. 2, n° 922. Cet auteur décide que le créancier qui, avant la faillite, a saisi-arrêté, entre les mains d'un tiers, des sommes appartenant au débiteur, a, par le jugement qui prononce la validité de la saisie, et ordonne le dessaisissement du tiers saisi, un privilège sur les sommes saisies-arrêtées à l'encontre de tous les créanciers, même de ceux qui auraient pratiqué des saisies-arrêts après ce jugement. — Voy. argum. Bordeaux, 16 nov. 1841, S. V. 42, 2, 312 ; voy. surtout Cour de Rouen, 25 juin 1828, S. V., C. A., 29, 2, 333, et C. N., 9, 2, 101 et note 4, qui a jugé que le créancier qui, en vertu d'un pareil jugement, a touché les deniers sur lesquels portait la saisie par lui formée sur son débiteur, depuis déclaré en faillite, n'est pas tenu de les rapporter à la masse, lors bien que l'on fasse remonter à une époque antérieure au paiement l'ouverture de la faillite. Dans le même sens : Paris, 24 déc. 1849, S. V. 53, 2, 228 et note 2 ; civ. cass. 24 janv. 1853, S. V. 53, 1, 321 et notes 2 et 3 ; req. rej. 9 juin 1869, S. V. 69, 1, 455 et note 2. Cet arrêt décide que le jugement passé en force de chose jugée, qui valide une saisie-

ne connaissent guère plus le nom que la chose. Mais si l'on passe de là à l'hypothèse, non invraisemblable pratiquement, d'un rétablissement intégral des fonds, il n'est personne, estimons-nous, qui puisse soutenir que c'est à tort que l'un des créanciers aura été satisfait. Car le cautionnement se trouvera avoir recouvré la même consistance qu'au jour de l'entrée en charge. Bien plus! les

---

arrêt, dessaisit le débiteur des sommes arrêtées pour en faire attribution et transport au saisissant, lequel devient créancier direct du tiers saisi, et qu'en conséquence, la faillite du saisi ne fait pas obstacle à ce que le saisissant poursuive le recouvrement de sa créance, si cette faillite n'a été déclarée que postérieurement à ce dessaisissement, encore bien qu'elle ait été reportée à une époque antérieure. — Comp. aussi, dans le sens indiqué, la note 3, mise sous un arrêt de rejet de la Cour de cassation du 25 juill. 1871, S. V. 71, 1, 100. Comp. enfin cass. 16 mai 1815, S. V., C. A., 15, 1, 315; C. N., 5, 1, 52. Voy. comme anal. civ. cass. 22 juill. 1823, S. V., C. N., 7, 1, 297 et note 2, et req. rej. 17 mars 1829, S. V., C. N., 9, 1, 254 et note 2); — civ. cass. 30 janv. 1842; comp. rej. 15 avril 1856; Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 445-6°, et D. P. 56, 1, 252; Agen, 20 déc. 1853, S. V. 54, 2, 249; Bourges, 23 mai 1855, S. V. 55, 2, 686 et la note.

Des arrêts ont tiré de la doctrine posée, relativement à la saisine des sommes saisies, opérée au profit du saisissant, par le jugement de validité, notamment cette conséquence, que les autres créanciers non opposants, n'ayant plus aucun droit sur la somme saisie, ne sont pas recevables à former tierce-opposition au jugement de validité, en vertu duquel on veut les exclure de toute contribution. (Voy. là-dessus : Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n°s 444 et suiv., et 457 et suiv.; req. rej. précité, 28 fév. 1822 et note 3, S. V., C. A., 22, 1, 217; C. N., 7, 1, 33; Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 445 - 1°, et 458 - 1°; req. rej. 15 avril 1856, S. V. 56, 1, 817 et les notes 1 et 2; Dalloz, *Rép.*, *hoc verbo*, n° 458 - 2°, et D. P. 56, 1, 252. Voy. *contra :* req. rej. 24 avril 1844, et Colmar, 12 janv. 1842; Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 457.) — C'est là une application spéciale d'une certaine doctrine, d'après laquelle la tierce-opposition ne suppose pas seulement un préjudice (voy. sur cette nécessité d'un préjudice causé : Paris, 15 mai 1878, *Gaz. Trib.* du 5 oct., p. 971, col. 1, *in initio*, et implicitement, civ. cass. 30 déc. 1878, *Gaz. Trib.* 1er janv. 1879, p. 1, col. 2, *in initio* du Bulletin, II), mais encore un droit à critiquer la chose jugée, ou, sous une autre forme, d'après laquelle il ne suffit pas, pour être recevable à former tierce-opposition à un jugement qui préjudicie aux droits du tiers opposant, de n'y avoir été partie, ni par soi-même, ni par un représentant; il faut encore qu'on ait dû être appelé au jugement. (Art. 474 C. pr. Voy. sur cette question la savante note mise sous un arrêt de la Cour de Paris du 7 juill. 1809, S. V., C. N., 3, 2, 98, et Dalloz, *Rép.*, mot TIERCE-OPPOSITION, n° 170 - 1°.)

Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, Denisart (*verbo* TIERCE-OPPOSITION) s'exprimait à cet égard en ces termes : « Pour former la tierce-opposition à un arrêt ou jugement, il ne suffit pas d'avoir intérêt de le détruire, car si cela suffisait, il n'y aurait pas un arrêt qui ne fût attaqué : mais il faut encore que deux choses concourent. Il faut premièrement avoir eu, lors de l'arrêt, une qualité *qui ait obligé* de nous y appeler. Secondement, il ne faut pas y avoir été partie par le ministère d'un tiers, qui soit censé avoir eu notre mission, ou que nous soyons censés représenter. » (Comp., en ce sens, sous notre Code de proc. : Merlin, *Rép.*, mot OPPOSITION (TIERCE-), § 2, au début, où se trouve rapporté le passage précité de Denisart; Proudhon, *Usufruit*, t. 3, n° 1289; Carré et Chauveau, *Lois de la proc. civ.*, sur l'art. 474, t. 2, quest.

créanciers non payés auront gagné au désintéressement immédiat et actuel de leur co-créancier, puisque, s'il fût venu en concours avec eux, il aurait diminué d'autant la part de chacun, et que, par suite, c'est de toute la portion qui a servi à l'écarter, qu'a grossi à leur profit le cautionnement rétabli.

1709; Rauter, *Cours de procéd.*, n° 255; Berriat-Saint-Prix, t. 2, p. 497, note 8; M. E. Huet, *Du principe de la séparation des pouvoirs, considéré au point de vue des rapports de l'aut. adm. et de l'aut. judic.*, p. 172, *Thèse* pour le doctorat, 1877; Paris, 29 prairial an x, Dalloz, *Rép.* mot TIERCE-OPPOSITION, n° 147-1°; 19 janv. 1808, *id.*, *eod.*, n° 180-1°; 7 juill. 1809, *ibid.*, n° 170, et S. V., C. N., 3, 2, 98, et la note, qui fait remarquer avec raison que cet arrêt trouve sa justification « bien moins dans cette considération que le légataire qui n'avait pas fait connaître son intention d'accepter le legs, *n'aurait pas dû être appelé* dans l'instance où avait été rendu le jugement qui lui faisait grief, que dans ce motif, qu'il avait été représenté, lors de ce jugement, par le curateur à la succession vacante, et qu'il n'était que son *ayant cause* »; Paris, 17 mai 1814, Dalloz, *loc. cit.*, n° 180-2°; Grenoble, 15 fév. 1815, S. V., C. N., 5, 2, 16 et la note 1; civ. rej. 21 fév. 1816, S. V., C. A., 16, 1, 153; C. N., 5, 1, 157; civ. cass. 21 fév. 1816, Dall., *eod.*, n° 129; Besançon, 30 janv. 1818; rej. 28 fév. 1822, Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 445-1°; Rouen, 21 déc. 1841, *id.*, mot SOCIÉTÉ, n° 1335-2°, 4° espèce; et, comme conséquence du système qui nous occupe : Limoges, 13 fév. 1816, Dalloz, *Rép.*, mot TIERCE-OPPOSITION, n° 236, p. 417, note 3, 2° espèce.) — En sens contraire, on fait remarquer que l'art. 464 du projet, dont les termes se retrouvent en entier dans l'art. 474, était terminé par ces mots, supprimés depuis : « *Encore qu'ils eussent dû l'être* », et qu'en outre l'art. 465 du même projet ajoutait une disposition également écartée, et d'après laquelle la partie qui *n'avait pas dû être appelée* à un jugement, n'aurait pu *l'attaquer* qu'en prouvant la collusion, la fraude ou le dol. (Voy. Locré, *Législation civile*, etc., t. 22, pp. 48 et suiv., et Dalloz, *Rép.*, *verbo cit.*, n°s 5, 42 et suiv., et 60 et suiv.) De ces suppressions, on a conclu qu'il suffit, pour que la partie qui se rend tierce-opposante, soit recevable, qu'elle n'ait été ni appelée ni représentée, et que le jugement préjudicie à ses droits. (Voy. en ce sens : MM. Favard de Langlade, *Rép. de la nouv. législ. civ., commerc. et admin.*, mot TIERCE-OPPOS., § 2, t. 5, p. 596; Pigeau, *Comment. du C. de pr.*, t. 2, p. 67; Thomine-Desmazures, t. 1, n° 526, p. 725; Dalloz, *Rép.*, mot TIERCE-OPPOS., n° 43. Voy., au surplus, Devill. et Gilb., *Jurisprudence du dix-neuvième siècle*, mot TIERCE-OPPOS., n°s 16 et suiv. *Sic:* civ. cass. 19 août 1818, Dalloz, *eod.*, n° 150-2°; 15 juill. 1822, *id.*, mot INTERVENTION, n° 82-2°; Agen, 9 août 1827 et note 3, S. V., C. A., 28, 2, 210; C. N., 8, 2, 405; Dalloz, *Rép.*, t. 42, 1re partie, p. 365, note 1; civ. rej. 22 août 1827 et note 1, S. V., C. A., 28, 1, 107; C. N., 8, 1, 672; Dalloz, *Rép.*, mot SUCCESSION, n° 929; Nîmes, 20 nov. 1829 et note 2, S. V., C. A., 30, 2, 160; C. N., 9, 2, 348; Dalloz, *Rép.*, mot INTERVENTION, n° 82-1°; Bordeaux, 4 ou 14 janv. 1830 et note 3, S. V., C. A., 30, 2, 115; C. N., 9, 2, 371; Dalloz, *Rép.*, t. 42, 1re partie, p. 364, note 1, 1re espèce; Douai, 23 mars 1831, S. V. 31, 2, 244 et note 1; Dalloz, *Rép.*, mot CONTRAT DE MARIAGE, n° 1669; Pau, 19 mars 1834, S. V. 34, 2, 441 et note 2; Dalloz, *loc. cit.*, 2e espèce; Bastia, 8 déc. 1834, *id.*, *eod.*, mot TIERCE-OPPOSITION, n°s 146 et 191; civ. rej. 9 déc. 1835, S. V. 36, 1, 177 et note 2, dans ses motifs; Dalloz, *Rép.*, mot PRIV. ET HYP., n° 370-1°; req. rej. 26 mars 1838 et note 1, S. V. 38, 1, 757; Dalloz, *Rép.*, mot TIERCE-OPPOSITION, n° 150-3°; req. rej. 24 déc. 1838 et note 1, S. V. 39, 1, 49; Dalloz, *Rép.*, mot INTERDICTION, n° 126-2°; Paris, 11 juill. 1851, S. V. 51, 2, 508.) —

Il n'y aurait point à argumenter davantage contre notre doctrine de ce que la saisie-arrêt ou opposition validée frapperait sur la totalité du cautionnement, et de ce qu'il deviendrait ici plus malaisé encore de supposer, dans un naufrage qui devrait être commun, l'attribution légale, exclusive et immédiate à un seul, d'une sûreté

Si nous étions appelé à prendre parti sur la question, il nous semble que c'est plutôt en ce second sens que nous nous déciderions : le motif qui nous entraînerait serait que le système contraire consacre une injustice, qui blesse profondément la conscience. Car on ne peut admettre que des tiers n'aient aucun recours contre les jugements qui les privent de leurs droits, et qu'ils se trouvent dépouillés sans avoir la faculté et la possibilité de se défendre. (Voy., sur toute cette question, Dalloz, *Rép.*, mot TIERCE-OPPOSITION, nos 41 à 43 inclus.)

Quoi qu'il en soit de ce point spécial, nous ajouterons qu'une jurisprudence qu'on doit regarder comme devant être d'autant plus constante qu'elle est mieux fondée, décide que, pour qu'il emporte attribution, d'une manière définitivement exclusive, des deniers saisis au profit du saisissant, encore faudra-t-il que le jugement de validité ait acquis l'autorité de la chose jugée. (Art. 575 et 656 C. pr. civ. — *Sic :* M. Duverger, à son cours. Comp. MM. Carré et Chauveau, *Proc.*, quest. 1971 *bis* ; Demiau, sur l'art. 579 C. pr. ; Proudhon, *De l'usufruit*, t. 4, n° 2270 ; Rauter, *Cours de proc. civ.*, p. 326 ; Pigeau, *Comment*, t. 2, p. 171 ; Boitard et Colmet-Dâage, sur l'art. 579 C. pr., n° 833, t. 2, pp. 222 et suiv.; voir aussi p. 224, note 1, 12e éd. ; Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, nos 445, 452 et 455 ; req. rej. 15 avril 1856 et la note 1, S. V. 56, 1, 817 ; Dalloz, *eod.*, n° 445-6°, et D. P. 56, 1, 252 ; civ. cass. 5 août 1856 et la note de M. Devilleneuve, S. V. 57, 1, 170. Voir aussi, sur cet arrêt : Dalloz, *Rép.*, même mot, nos 451 et 452-3°, et D. P. 56, 1, 336 ; civ. cass. 20 nov. 1860, D. P. 60, 1, 478 ; S. V. 61, 1, 270 ; P. 1861, 522 et la note ; Colmar, 10 fév. 1864, S. V. 64, 2, 122 et note 5 ; P. 1864, 742 ; Lyon, 30 nov. 1866, S. V. 67, 2, 262 et note 3 ; civ. cass. 13 fév. 1865, D. P. 65, 1, 79 ; S. V. 65, 1, 117 et la note 1, col. 3 ; civ. cass. 30 ou 31 janv. 1842 précité, S. V. 42, 1, 119 : Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 445-6° ; Montpellier, 21 janv. 1839, S. V. 39, 2, 383 et les notes 1 et 2 ; Dalloz, *eod.*, n° 452-2°, et EFFETS DE COMMERCE, n° 810 ; voy. aussi la note 1, placée sous l'arrêt précité de Bourges, du 14 juill. 1851, qu'on doit mentionner, comme faisant une application contraire à ce point de vue à notre opinion. Comp. civ. cass. précité, 31 janv. 1842, S. V. 42, 1, 119 ; Nîmes précité, 8 fév. 1832 et note 2, S. V. 32, 2, 336 ; voy. aussi Dalloz sur cet arrêt, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 445-3°, et mot SUCCESSION, n° 818, et deux arrêts de la Cour de cassation des 28 fév. 1822 et 14 juin 1826, S. V. 22, 1, 217, et 26, 1, 435 ; Rennes précité, 24 mars 1835, S. V. 36, 2, 264 ; Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 445-4° ; Paris, 17 mars 1836, S. V. 36, 2, 264 et 265. Ces deux derniers arrêts, cités avec raison dans la note qui les accompagne, comme se faisant antithèse à un point de vue important, se trouvent absolument d'accord, pour décider que le jugement de validité n'opère saisine au profit du saisissant que s'il est passé en force de chose jugée ; req. rej. 20 mai 1839, Dalloz, *Rép.*, mots SAISIE-ARRÊT, n° 445-5°, et PRIVIL. ET HYP., n° 1121 ; cet arrêt tire du principe posé cette conséquence notoire, que le jugement de validité, passé en force de chose jugée, ayant pour effet de rendre le saisissant propriétaire de la créance du débiteur saisi et de le faire considérer comme créancier direct du tiers saisi, il peut prendre inscription en son nom personnel sur les biens de celui-ci, ou renouveler à son profit les inscriptions déjà existantes en faveur du débiteur saisi. On trouvera encore d'autres conséquences dans un arrêt de rejet du

requise pour la garantie et la protection de plusieurs. Ce ne serait nullement là, en effet, une raison pour refuser à celui qui se montre soigneux de ses intérêts, son désintéressement actuel, et cela pour un double motif :

1° Le premier, c'est que, attendu qu'il est, par hypothèse, le

---

1er août 1849, Dalloz, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, n° 445-7°, et D. P. 49, 1, 287, et dans Dalloz, même mot, n° 445-8°, et mot SUCCESSION, n° 818. — *Contra :* Agen précité, 20 déc. 1853 et note 2, S. V. 54, 2, 249 ; Bourges précité, 23 mai 1855, S. V. 55, 2, 686 ; Paris, 20 mai 1858, S. V. 59, 2, 310 et notes 1 et 2. Cet arrêt décide en même temps que la non-présence du tiers saisi au jugement de validité ne fait pas obstacle à la saisine au profit du saisissant. Il contredit ainsi les deux décisions précitées de la même Cour des 17 mars et 24 juin 1836, qui avaient statué en sens contraire ; Paris, 24 déc. 1858, *Gaz. Trib.* du 9 janv. 1859 ; Roger, n° 642.)

C'est ici le lieu de faire remarquer qu'un tribunal de commerce n'est pas compétent pour prononcer sur la validité d'une saisie-arrêt, encore que l'autorisation de procéder à la saisie ait été délivrée par le président de ce tribunal. (Art. 442, 553 et 567 C. pr. *Sic :* Aix, 29 déc. 1824, S. V., C. N., 7, 2, 468 et note 1. Comp. en ce sens : cass. 27 juin 1821 ; Paris, 16 germinal an XI, et la note avec le résumé de jurisprudence qui accompagne l'arrêt de ce tribunal d'appel.)

Rappelons enfin qu'il a été jugé que le créancier pour faits de charge peut agir même avant toutes condamnations obtenues contre le titulaire (Limoges précité, 19 nov. 1842 ; voy. note 137, p. 120), et observons qu'un arrêt de Dijon, du 19 juill. 1853, D. P. 54, 2, 106, a décidé que les oppositions faites entre les mains des greffiers des tribunaux d'arrondissement, sur les cautionnements des notaires, en vertu de la loi du 25 nivôse an XIII, ne sont pas soumises aux règles des saisies-arrêts, et spécialement, qu'il n'est pas nécessaire qu'elles soient suivies de demande en validité, dans les formes et délais de l'art. 563 C. pr. Le même arrêt a statué que ne sont pas non plus applicables les formalités édictées par le décret du 18 août 1807 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 751), et que, par suite, l'exploit d'opposition signifié au greffe est valable, bien qu'il ne contienne pas copie ou extrait, en forme, du titre du créancier saisissant ; d'où cette conséquence importante, que le greffier qui, malgré l'existence d'oppositions, délivre un certificat négatif, constatant qu'il n'en a point été formé, ne saurait être relevé de sa responsabilité, sous prétexte que ces oppositions n'auraient été ni suivies de demande en validité, ni faites selon les formes exigées par le décret précité.

Mentionnons, en terminant, trois jugements du trib. civ. de la Seine, qui nous paraissent avoir une certaine importance pratique. Le premier, du 10 août 1877 (*Gaz. Trib.* des 17-18 sept., p. 904, col. 2), décide, en effet, que la péremption d'une instance en validité de saisie-arrêt n'est acquise vis-à-vis du tiers saisi, et ne peut être opposée par lui que du jour où cette péremption a été prononcée par justice, ou du jour où l'acquiescement à la demande de péremption lui a été dénoncé ; et il tire de là cette conséquence, que le tiers saisi qui s'est libéré vis-à-vis du saisi, antérieurement au jour où l'acquiescement à la demande en péremption de l'instance en validité de saisie-arrêt lui a été signifié, est responsable vis-à-vis du saisissant, qui d'ailleurs a retiré régulièrement son opposition avant cet acquiescement, du paiement par lui fait au saisi, nonobstant cette première saisie-arrêt. (Comp. note 146, *supra.*) — Le second, du 30 nov. 1877 (*Gaz. Trib.* du 16 déc., p. 1209, col. 2, *in fine*), statue que l'Etat qui, aux termes de l'art. 4 du décret du 18 août 1807, retient une somme suffisante pour désintéresser le créancier qui a fait entre ses mains une saisie-arrêt, ne peut, s'il devient

seul à se présenter quant à présent, il n'y a rien qui permette d'induire de ce fait que sa créance absorbe le cautionnement en entier, qu'il a des coïntéressés : il peut en avoir, mais cela n'est pas certain ; les évènements, qui ne peuvent manquer de se dérouler assez vite, se chargeront de le démontrer, et, s'il en existe, pourquoi le ferait-on, ici, plus qu'en cas de saisie-arrêt ou d'opposition partielle, souffrir de leur négligence ? — *Suum recepit.* — Ce n'est pas, d'ailleurs, la quotité plus ou moins forte de la créance qui doit faire varier la solution. Le principe qui lui sert de base, étant reconnu exact, doit la faire demeurer inflexible.

2° Le second, c'est que la loi suppose formellement (art. 33, 2e alinéa, loi de ventôse) qu'après l'emploi *total* ou partiel, fait par l'administration, des fonds du cautionnement, six mois ont pu s'écouler, sans que le titulaire ait rétabli cette garantie dans son état primitif ; et c'est alors qu'elle ordonne le remplacement du fonctionnaire ou de l'officier public, qu'elle considère comme démissionnaire. Voilà, nous semble-t-il, la preuve la plus manifeste du bien fondé de cette assertion, que le paiement à un créancier privilégié pour faits de charge peut être fait avant la

---

par la suite créancier lui-même du saisi, opposer au saisissant une compensation dont les causes sont postérieures à la saisie-arrêt elle-même. — Le troisième enfin, du 1er déc. 1877 (*Gaz Trib.* du 21, p. 1225, col. 3 *in fine*), décide qu'on ne peut entendre par actes valables, dans le sens de l'art. 399 du Code de pr. civ., de nature à couvrir la péremption, que des actes qui se rattachent nécessairement à l'instance dont la péremption est demandée ; que l'assignation en déclaration affirmative faite au tiers saisi est le point de départ d'une instance spéciale qui est distincte de l'instance en validité de saisie-arrêt ; qu'en effet, elle n'est pas toujours nécessaire et peut être intentée séparément ; enfin, que si les fonctionnaires publics dont il est parlé dans les art. 569 et 561 du C. de pr. civ. ne doivent pas être assignés en déclaration, et doivent seulement délivrer un certificat constatant s'il est dû à la partie saisie, cette procédure particulière n'est pas moins distincte de l'instance en saisie-arrêt, que l'instance qui s'engage sur l'assignation en déclaration, et que, par suite, elle ne saurait être opposable au débiteur saisi, comme moyen de couvrir une péremption acquise sur l'instance en validité.

(172) Cette idée de faute personnelle apparaîtra évidente, si on ne perd pas de vue que ces créanciers sont forcément, à raison même de la suspension légale prononcée contre leur débiteur, des créanciers pour faits de charge, antérieurs à l'emploi des fonds. Sans doute, leur droit peut se manifester ultérieurement ; mais ce qu'il est utile de remarquer, c'est que ce droit aura toujours un germe d'existence préexistant.

cessation des fonctions du débiteur (173). C'est toujours la même idée qui domine : l'emploi même partiel, et *à fortiori* total, du cautionnement, clôt inévitablement par une suspension légalement obligatoire, et employée comme moyen initial et provisoire, sauf remplacement ultérieur, la liste des privilégiés pour faits de charge antérieurs au paiement.

La loi espère que cette peine aura assez de retentissement par elle-même, pour avertir les autres créanciers, qui commenceront à se montrer d'autant mieux éveillés sur leurs intérêts, qu'ils sauront que ces intérêts menacent d'être plus ou moins compromis, s'ils ne le sont pas déjà complètement.

Et maintenant, que si l'on se demande pourquoi la loi prononce la suspension immédiate, et présume la démission du titulaire au bout de six mois, on en trouvera la raison justificative dans cette idée primordiale, qu'elle considère le cautionnement comme une garantie collective ; si bien qu'une brèche qu'on y laisse faire est, à ses yeux, le signal d'une retraite qu'elle juge assez prudente pour l'imposer. — Suspension de suite, parce qu'il faut que la protection des intérêts privés, demeurant sans cesse égale à elle-même, soit toujours identique pour tous, et que le cautionnement manquerait son but, et répondrait mal à sa destination, s'il n'était qu'une étiquette trompeuse, mise sur un sac dont on pourrait réduire le contenu à zéro, à l'insu peut-être des autres créanciers, et sans que ceux-ci aient aucune faute à se reprocher, ce qui aurait lieu, si, la suspension n'existant pas, ils étaient postérieurs au paiement. — Démission présumée, et remplacement exigé au bout de six mois, parce que, d'une part, il faut laisser au titulaire

(173) Une instruction générale du 5 mars 1838 l'a compris de la sorte. Aux termes de cette instruction, en effet, dès que le Trésor est à découvert, en tout ou partie, des fonds du cautionnement, le Procureur de la République près le tribunal où l'*officier* dit *ministériel* exerce ses fonctions doit en être informé de suite par le directeur de la Dette inscrite, afin qu'il prenne les mesures nécessaires pour le rétablissement du cautionnement dans son intégrité, et qu'assigné par lui devant le tribunal, l'officier soit mis en demeure de satisfaire aux prescriptions de la loi. (Voy. Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 43 et 110. Comp., pour les formes tracées par cette instruction, les nos 108 et suiv.)

le temps de reconstituer son crédit, et avec lui la garantie des tiers, et que, de l'autre, ce temps étant écoulé sans que les forces obérées du cautionnement soient refaites, la loi voit dans cet appel infructueux aux écus, et dans cet abaissement des fonds au-dessous du niveau exigé pour entrer en exercice, la preuve certaine d'un péril inévitable pour les intérêts des particuliers.

4° Cependant, la doctrine contraire insiste et prétend que l'article 33 de la loi de ventôse ne peut s'appliquer qu'aux notaires, qu'elle concerne seuls.—Nous avons par avance répondu à nos adversaires eux-mêmes (174) que les dispositions de ce texte avaient été étendues par la jurisprudence et par l'usage suivi à la caisse d'amortissement et au Trésor public, à tous les *officiers* dits *ministériels* assujettis à des cautionnements. Cette extension est fort logique ; car si la marche adoptée à l'égard des uns est réputée bonne, il faut, dans le silence du législateur, l'appliquer aux autres. Il convient toujours, d'ailleurs, d'éviter autant que possible des distinctions irréfléchies, qui entraîneraient un défaut inexplicable d'homogénéité (175).

---

(174) Voy. Dard, *op. cit.*, p. 85.

(175) N'est-il pas beaucoup plus naturel de procéder de la sorte, que d'agir autrement, puisque l'art. 1 de la loi de nivôse assimile aux notaires, quant au cautionnement, les autres titulaires par lui indiqués ? Cette disposition renvoie au reste très-explicitement à l'art. 33 de la loi de ventôse, et ce n'est certainement pas pour l'abroger. L'intitulé même de la loi, « Loi concernant les mesures relatives au remboursement du cautionnement fourni par les agents de change, courtiers, etc., » témoigne clairement que le législateur de l'an XIII n'a entendu qu'établir un ordre de choses non réglé par des lois antérieures, et non pas du tout modifier la disposition de l'art. 33, 2e alin., qui poursuit un tout autre but. — Dard (p. 82) commet une erreur palpable, lorsqu'il écrit : « ..... l'art. 5 de cette seconde loi (loi du 25 nivôse) a établi, pour le retrait des fonds des cautionnements, des formalités et des délais qui auraient dérogé à l'art. 33 de la loi du 25 ventôse an XI, selon la maxime *posteriora derogant prioribus.* » Ce ne serait guère tenir compte de la fin de l'art. 33, qui porte : « Ces cautionnements seront versés, remboursés et les intérêts payés *conformément aux lois sur les cautionnements*, sous la déduction de tous versements antérieurs. » Or la loi de nivôse est bien une loi sur le cautionnement ; elle n'abroge donc pas l'art. 33 : elle l'exécute et l'applique. — Terminons cette argumentation en faisant valoir pour nous une pure considération. Jusqu'à présent, nous nous sommes placé en présence d'un créancier unique ayant obtenu son paiement immédiat : on nous a opposé alors des intérêts collectifs que cette satisfaction précipitée d'un seul allait laisser en souffrance, et peut-être compromettre. Or, l'inverse peut se présenter : nous pouvons fort bien imaginer plusieurs créanciers venant demander le paiement de

5° On nie toutefois la légitimité de cette extension, en faisant observer que, la loi de nivôse étant postérieure à la loi de ventôse, on doit faire à cette dernière l'application de la maxime : *posteriora derogant prioribus*. Notre réponse ne peut ici se traduire que par une question : Où la seconde en date des deux lois a-t-elle dérogé à la première? Dans l'article 5? Non, puisqu'il vise une tout autre hypothèse que l'art. 33; dans l'un, art. 5, c'est le fonctionnaire qui demande à rentrer dans ses fonds (176); dans l'autre, art. 33, c'est un créancier qui saisit son gage. Où est l'analogie? Où se trouve l'abrogation? Elle existe si peu, que l'art. 1 de la loi de nivôse vise directement l'art. 33 de la loi de ventôse (177).

b) Sous le rapport de l'intérêt public, et dans un autre ordre d'idées, on a prétendu que le paiement immédiat aurait encore de graves inconvénients. Le plus saillant résulterait, a-t-on dit, de ce que le créancier étant reconnu avoir le droit de retirer de la caisse du Trésor public tout ou partie des fonds du cautionnement, au-

---

leurs créances respectives. En pareil cas, serait-il vraiment convenable de le leur refuser, sous le prétexte que les évènements peuvent encore faire surgir un créancier qui a le droit de concourir avec tous les autres? Non; on ne peut faire languir ainsi des demandes justifiées dans l'attente d'un créancier retardataire hypothétique. Eh bien! ce qui est vrai dans cette supposition doit encore être regardé comme tel dans celle sur laquelle nous avons raisonné.

(176) Notons, à ce sujet, ce détail pratique, que le remboursement de sommes versées dans la caisse d'un receveur général, en vue d'un cautionnement, a lieu sans intérêts, lorsqu'elles n'ont pas été l'objet d'une inscription, ni même d'une demande d'inscription de cautionnement sur les livres du Trésor. (Voy. ordonn. 31 mai 1838, art. 242 et suiv., Devill. et Car., *Lois ann.*, 2e série, pp. 467 et suiv., et Cons. d'Et., 30 déc. 1858, D. P. 59, 3, 42.)

(177) Cette observation nous dispensera de répondre à un argument qu'on tente de puiser dans une phrase célèbre de Celsus, qui forme au Digeste la loi 24 du titre *De legibus*, 1, 3 : « *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere.* » Or, dit-on, les effets de l'art. 5 seraient détruits par l'art. 1er, si on l'interprétait en ce sens que les créanciers du titulaire du cautionnement peuvent, par voie d'exécution immédiate, recevoir de suite leur paiement. — Nullement, puisque l'art. 5 de la loi de nivôse se place dans une tout autre hypothèse que l'art. 33, 2e al., de la loi de ventôse. (Comp. aussi la note 175.) — Au reste, nous ne voulons pas tirer argument du texte de cet art. 1er, qui tranche bien moins au fond la question en notre faveur, puisqu'il se tait sur le mode d'exécution des condamnations, qu'il ne vient simplement corroborer notre sentiment par une très-forte induction.

Au point où nous en sommes parvenu, nous pouvons formuler notre doctrine d'une

rait, par le fait, la faculté de suspendre le titulaire de l'office et, par suite, de le faire destituer de sa charge, faute par lui d'avoir rétabli dans les six mois l'intégralité des fonds de son cautionnement. Or, poursuit-on, il est impossible d'admettre un principe qui conduirait à une conséquence aussi inadmissible. En effet, il ne peut et il ne doit appartenir qu'au Gouvernement de suspendre ou de destituer ceux qu'il a pourvus et qui sont institués dans l'intérêt public. Les simples particuliers ne doivent pas, même indirectement, et par suite de l'exercice de leurs droits reconnus légitimes, amener un pareil résultat. Car, outre l'inconvénient signalé, si le retrait d'un cautionnement était effectué en vertu d'une simple condamnation judiciaire, il en résulterait un empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir administratif.

Cette objection procède, selon nous, d'une confusion complète. Est-ce vraiment le créancier payé qui, même indirectement, suspend le fonctionnaire ? Evidemment non ; c'est le second alinéa de l'art. 33 et lui seul, qui, très-directement, le frappe de suspension. Le créancier, lui, n'a fait que provoquer, sciemment ou non, cette mesure légale ; mais ce n'est certes pas par lui-même que le titulaire s'en est vu atteint. Elle a été la conséquence, non le but ou l'objet de l'action du créancier. Il n'y a là qu'une mesure de précaution prise par la loi, et, ajouterons-nous, que la loi seule pouvait prendre et édicter.

---

façon pour ainsi dire romaine, en posant comme règle qu'il n'y a pas de préférence entre les créanciers pour faits de charge qui jouissent du privilège de premier ordre, ou, du moins, qu'il n'en existe que pour le premier occupant, *occupans*, ce qui revient bien à signifier, en réalité, qu'il n'y en a pas, c'est-à-dire qu'au profit de celui-là seulement qui a le premier obtenu condamnation (comp. L. 19 pr. et § 1, fr. Paul., *De re judic.*, D., XLII, 1, et L. 10, fr. Gaius, *De pecul.*, D., XV, 1), et dont la saisie a été validée par jugement. « *Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior conditio est* », dit le premier de ces deux jurisconsultes (*Leg. cit.*, pr.), et, ajoute le second : « ... *Occupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit.* » Notons toutefois qu'en droit romain, dans l'hypothèse de l'exception *ejus quod facere potest*, visée par la loi 19, la préférence du premier occupant était, on peut le dire, réduite à rien, dans le cas de société. (L. 63 § 5, fr. Ulp., *Pro socio*, D., XVII, 2.) Cela tenait à ce principe, que tout ce qu'un associé touchait ou payait *ex causa societatis*, devait être soit mis en commun, soit remboursé *pro parte*.

Il y a plus. C'est qu'ici cette suspension s'impose ; elle est de droit. Le Gouvernement lui-même ne pourrait pas ne pas la prononcer ; la loi en fait une obligation stricte et absolue. — Enfin, cette objection tire d'autant moins à conséquence que, si elle était à ce point fondée qu'elle dût faire pencher la balance du côté du camp adverse, elle aboutirait à réduire à néant le second alinéa de l'art. 33. En effet, c'est, aux termes de cet article, lorsque le montant du cautionnement aura été employé en tout ou en partie, que le titulaire de l'office sera suspendu de ses fonctions ; eh bien ! quand donc y aura-t-il vraiment emploi des fonds, si ce n'est lorsqu'un créancier en viendra distraire une partie ? Et si tel n'est pas le cas que vise spécialement l'article, nous avouons n'en pas pénétrer le sens. Car il ne pourra recevoir d'application que dans la triple supposition du décès de l'officier, de sa destitution, ou de sa démission volontaire. Or, s'il ne dépend de personne d'empêcher sa mort, il reste loisible au Gouvernement de ne pas destituer ; au fonctionnaire ou à l'officier de ne pas se démettre ; et si le premier de ces trois évènements précède l'un des deux autres, à quoi aura-t-il servi au législateur d'avoir prononcé une suspension pour le cas où se produirait telle circonstance qu'il laisserait à la volonté de tous, sauf des principaux intéressés, la faculté de faire arriver ? (178)

III. — L'épuisement des raisons diverses qui militent en faveur de la doctrine par nous indiquée, nous conduit directement à notre troisième et dernière étape, qui se résume tout entière dans une constatation pure et simple de la jurisprudence. Or, si l'on désire avoir une vue d'ensemble de ses décisions, et connaître l'expression dernière de ses arrêts, voici quelle sera la formule à laquelle

---

(178) Nous ne croyons pas devoir répondre à l'argument devenu banal dans les mauvaises causes, de l'empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir administratif. Nous l'avons suffisamment repoussé, par cela même que nous avons montré la confusion que l'on commet en disant que c'est le créancier immédiatement désintéressé qui suspend le titulaire. Ce n'est pas plus lui que l'autorité judiciaire qui opère la suspension. C'est la loi qui l'attache, comme une conséquence inéluctable, à un fait donné.

il nous paraît exact d'aboutir. On peut poser en règle, aujourd'hui, que le privilège de premier ordre n'affecte pas seulement le cautionnement d'une façon complète, mais qu'il le grève encore « d'une manière pour ainsi dire instantanée », selon l'heureuse expression de M. Pont (179) ; de telle sorte que le créancier pour faits de charge, qui a obtenu des condamnations contre un titulaire, peut, contrairement à ce qu'avait pensé le tribunal de Gien, le 29 avril 1817, dont le jugement fut cassé par le 1er arrêt ci-dessous indiqué, pratiquer une saisie sur les fonds du cautionnement, et s'en faire remettre les deniers qui le composent, sans que ce saisissant soit exposé à en voir retarder par les tribunaux le versement entre ses mains, jusqu'après vacance du titre, par le décès ou par la démission du débiteur (180).

La jurisprudence et la doctrine se trouvent donc en parfaite harmonie avec notre propre sentiment sur la question posée (181).

---

(179) *Op. cit.*, n° 172.

(180) Civ. cass. 4 fév. 1822, S. V., C. A., 22, 1, 343, C. N., 7, 1, 26 et la note 1. Comp. MM. Duranton, t. 19, n° 138 ; A. Dalloz, *Dict.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., 2e partie, n° 35-6° ; Rolland de Villargues, n° 88 ; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 54, 103 et 104. « On conçoit », dit fort exactement ce dernier auteur, « sans que la loi l'ait dit d'une manière bien expresse, que toute condamnation encourue par un officier public dans l'exercice de sa charge, doive s'exécuter sur le fond de son cautionnement, sans attendre sa démission ou son décès. Outre que l'officier public est, dans ce cas, peu favorable, le cautionnement n'a été exigé qu'à cette fin ; et s'il en était autrement, la garantie que la loi a voulu donner à la société ne serait qu'imparfaite. » — « .... Le cautionnement a précisément pour objet de réparer le préjudice que les tiers ou l'Etat peuvent ressentir des faits de charge, droit aussi vain qu'illusoire, lorsqu'il ne leur sera pas permis d'entamer le fond du cautionnement », avait auparavant écrit le même auteur (*eod.*, n° 54) ; Pont, *ubi supra; junge* instruction générale précitée du 5 mars 1838, Dalloz, *Rép.*, *loc. cit.*, et n° 108. Voy. aussi civ. cass. 26 mars 1821, ainsi que les arrêts et les auteurs que nous citons à côté de cet arrêt, à la note 183.

(181) Il est un autre point sur lequel le doute ne nous semble pas possible. C'est que la saisie-arrêt pratiquée au Trésor, sur toute somme appartenant ou pouvant appartenir *par la suite* au titulaire d'un emploi, n'est valable que jusqu'à concurrence du montant du cautionnement déposé au Trésor, et qu'elle doit demeurer sans effet à l'égard du cautionnement nouveau que le saisi a fourni ultérieurement, et qui, dès lors, a pu être transporté par lui à un tiers. (Trib. d'Yvetot, 20 janv. 1835, et Dalloz, *ubi supra*, n° 112.) La doctrine contraire violerait, à nos yeux, les articles 1 et 3 du décret du 18 août 1807, d'après lesquels tout exploit de saisie-arrêt entre les mains des administrateurs de caisses publiques doit contenir la désignation de l'objet saisi, et, à défaut par le saisissant de remplir cette formalité, la saisie-arrêt doit être regardée comme non avenue. (Comp. art. 559, 1er alin., C. pr. civ.)

B. — En ce qui touche maintenant les créanciers ordinaires d'un titulaire, les deux principes suivants résumeront les données de la théorie et de la pratique :

1° Ces créanciers peuvent saisir-arrêter le capital du cautionnement de leur débiteur, avant toute cessation de fonctions (182);

2° Mais ils ne peuvent faire exécuter actuellement les condamnations dont ils sont porteurs, que sur les intérêts et non sur le capital (183).

---

(182) Voy., en ce sens : Dard, *op. cit.*, pp. 100 et suiv.; Gagneraux, *Comment. de la loi du notariat*, art. 33; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, mot CAUTIONNEMENT DES TITUL., n° 93, 2e éd. (Cet auteur avait exprimé une opinion contraire dans sa première édition, même mot, n° 39); Roger, *Traité de la saisie-arrêt*, nos 330 et 331; Bioche et Gouget, mot CAUTIONNEMENT, n° 26; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n° 104. *Contra :* Thomine-Desmazures, *Procédure*, t. 2, n° 637; *sic :* Bourges, 21 mars 1817, S. V., C. N., 5, 2, 255 et note 2. (Mais voy. la note suivante); civ. rej. précité, 17 juill. 1849, S. V. 50, 1, 529; D. P. 50, 1, 131. (Voy. *supra*, note 142, p. 136.) C'est à tort que l'on cite cet arrêt comme étant un arrêt de cassation. Le pourvoi se fondait sur six moyens; or, il y a eu rejet sur les cinq premiers, et cassation seulement sur le sixième. — Cette décision judiciaire est encore intéressante à consulter à deux autres points de vue, en ce qu'elle admet, 1° qu'après la cessation des fonctions, le cautionnement peut être l'objet d'une saisie-arrêt, quoique le remboursement en ait été autorisé suivant mandat régulièrement ordonnancé, tant que les fonds n'ont point été versés entre les mains du porteur de ce mandat; 2° que l'autorité judiciaire est compétente pour prononcer la validité d'une saisie-arrêt pratiquée sur le cautionnement d'un fonctionnaire public, encore que le jugement de validité empêcherait l'exécution du mandat en vertu duquel la somme saisie-arrêtée était devenue payable au moment de la saisie-arrêt.

(183) Jugé en ce sens : 1° que le capital du cautionnement d'un *officier* dit *ministériel* peut être saisi, à titre de mesure conservatoire, par ses créanciers ordinaires, autres que pour faits de charge, mais qu'il ne peut être versé entre leurs mains, qu'à la cessation des fonctions du titulaire. (Bordeaux, 18 et 25 avril 1833, S. V. 33, 2, 462 et note 2, et 463; D. P. 34, 2, 22; Bourges, 14 juill. 1851, S. V. 51, 2, 737 et note 3; D. P. 52, 2, 72, et 5 juin 1852, D. P. 54, 2, 125. *Sic :* Persil, *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2092, n° 3; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, *ubi supra*, et mot CAUTIONN. DE NOT., nos 39 et 40. Joindre Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 1985 *bis;* Bioche, *Dictionn. de la procéd.*, mot DISTRIBUTION PAR CONTRIBUTION, n° 238); 2° et que, jusqu'à cette époque, les intérêts peuvent seuls être distribués aux créanciers. (Grenoble, 15 fév. 1823, S. V., C. A., 23, 2, 176, C. N., 7, 2, 174 et note 3. Comp. *infra*, note 192.) — Voy. sur ces deux points, et en ce sens : Dard, *op. et loc. citt.;* Roger, *op. cit.*, n° 333; Rolland de Villargues, *ubi supra;* Bioche et Gouget, *Dictionn. de procéd.*, mot DISTRIBUTION PAR CONTRIBUTION, n° 136; Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 104 et 105. — Voy. en sens contraire : civ. cass. 26 mars 1821, S. V., C. N., 6, 1, 404. Cet arrêt (voy. Dard, pp. 100 et suiv.) décide, contrairement au jugement par lui cassé du tribunal civil de Mende, du 25 août 1819, que le capital du cautionnement d'un officier ministériel (d'un avoué, dans l'espèce), peut être saisi par ses créanciers, tout aussi bien que les intérêts, pour le paiement des amendes par lui

Le premier de ces deux principes ne nous semble devoir souffrir aucune difficulté, si l'on songe surtout que le second en vient restreindre notablement la portée et qu'il ne s'agira jamais que d'une saisie-arrêt ou opposition purement conservatoire, du moins en ce qui concerne le capital (184) ; d'où il suit que son existence ne saurait porter aucune atteinte et ne fera subir aucun échec au droit opposable et préférable des créanciers privilégiés du titulaire.

Quant à notre seconde règle, elle se dédouble, et les motifs qui lui servent de base nous paraissent être au nombre de trois.

Que si, d'abord, on se demande à quoi tient, eu égard au capital, la variété des solutions, selon qu'il s'agit de créanciers privilégiés

---

encourues par suite de l'inobservation des lois dans l'exercice de ses fonctions (dans l'espèce, défaut d'enregistrement, dans le délai, d'un jugement d'adjudication), et qu'on prétendrait à tort que le capital ne doit être à la disposition des créanciers qu'après vacance du titre par démission, décès ou autrement. Nous ferons observer que, si du défaut d'enregistrement en temps utile il était résulté un dommage pour les parties, et qu'elles eussent, de ce chef, obtenu condamnation, la doctrine de cet arrêt serait pour nous incontestable, puisqu'il y aurait fait de charge (voy. *supra*, A). Il n'en saurait être de même, dès qu'il ne s'agit que d'une amende encourue pour défaut de versement au Trésor, dans les délais voulus. Voy., dans le même sens, un arrêt de cassation de la section civile, du 1er juin 1814, S. V., C. N., 4, 1, 573. Cet arrêt décide que ce ne sont pas seulement les intérêts des cautionnements, mais le capital, qui sont affectés au paiement des amendes encourues par les titulaires, ainsi que des frais. Un arrêt de la Cour de Bourges, du 21 mars 1817 (Dalloz, *Rép.*, *ubi supra*), cité à la note précédente, a décidé dans le même sens que les créanciers ordinaires peuvent se faire payer sur le capital du cautionnement sans attendre la démission ou le décès du titulaire, mais on ajoute, dans cette doctrine, qu'ils ne pourront obtenir la distribution du cautionnement, qu'après l'accomplissement des formes et des délais établis pour mettre en demeure les créanciers qui seraient en droit de réclamer pour faits de charge. — Comp. Favard de Langlade, mot ENREGISTREMENT, sect. 2, § 10, 35e décision, et mot PRIVILÈGE, sect. 1, § 2, n° 15 ; Roger, *De la saisie-arrêt*, n° 3 ; de Belleyme, *Des référés*, t. 1, p. 194 ; Roger, *Journal des avoués*, t. 48, p. 321 ; Dumesnil, *Législation du Trésor public*, n° 179. Joindre civ. cass. précité, 11 juin 1811, S. V., C. A., 11, 1, 248, et 17, 2, 181, et C. N., 3, 1, 359 et note 3 (Merlin, *Rép.*, mot SAISIE-ARRÊT, § 7), qui décide, conformément à l'opinion des auteurs (Carré, *Lois proc. civ.*, n° 1929 ; Roger, n° 15) d'après lesquels c'est par voie de saisie-arrêt que les administrations publiques doivent assurer, sur le cautionnement des titulaires, le paiement des amendes prononcées contre eux, qu'il n'est pas nécessaire de procéder par voie de saisie-exécution. (Voir note 148, *supra*.)

(184) Comme le fait observer fort exactement le second considérant de l'arrêt précité de Bordeaux du 25 avril 1833 : «... Attendu que la question de préférence ne peut être agitée que lorsqu'il s'agit d'obtenir la mainlevée du montant du cautionnement, ou d'en faire la distribution ; que, jusque-là, tous les créanciers sont autorisés à faire des actes pour la conservation de leurs droits ...»

ou de créanciers ordinaires, on en trouve deux raisons juridiques très-puissantes :

a. La première apparaît dans le second alinéa lui-même de l'art. 33 de la loi du 25 ventôse an XI, lequel, ne visant très-manifestement que les créanciers pour faits de charge, exclut par là même les créanciers ordinaires. Ce texte est, en effet, ainsi conçu : « Lorsque, *par l'effet de cette garantie* (laquelle est spéciale aux créanciers pour faits de charge), le montant du cautionnement aura été employé en tout ou en partie... » (185).

b. La seconde, plus générale en ce qu'elle s'applique également aux tiers bailleurs des fonds du cautionnement, repose sur les notions essentielles qui servent de base au contrat de gage, et sur les principes mêmes de cette théorie.

Si l'on ne perd pas de vue, d'une part, que les créanciers pour faits de charge et les bailleurs de fonds sont de véritables créanciers gagistes, et que, d'autre part, le gage est un contrat par lequel le débiteur, ou un tiers, remet au créancier, ou à un tiers, un objet mobilier, corporel ou incorporel, dans le but de lui conférer le droit de se faire payer sur cet objet, de préférence à d'au-

---

(185) Cet argument a échappé à l'arrêt de cassation du 26 mars 1821, et c'est ce qui a entraîné l'erreur dans laquelle il nous paraît être tombé. — Mais il a été pleinement mis en relief par l'arrêt de Grenoble de 1823 : « La Cour, considérant que d'après l'art. 33 de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires ont été assujettis à un cautionnement spécialement affecté à la garantie des condamnations prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions ; considérant que si, par l'effet de cette garantie, le montant du cautionnement a été employé en tout ou en partie, le notaire est suspendu de ses fonctions jusqu'à l'entier rétablissement du cautionnement, et que, faute de le faire dans le délai de six mois, il est censé démissionnaire ; que, de ces dispositions, il faut conclure que, pendant tout le temps qu'un notaire exerce ses fonctions, le montant de son cautionnement *ne peut être diminué que par l'effet de la garantie, résultat des condamnations prononcées contre lui à raison de l'exercice de ses fonctions*, sauf, à la cessation de ces mêmes fonctions, à être distribué aux créanciers dans l'ordre établi par l'art. 1er de la loi du 25 nivôse an XIII... » Cet article confirme complètement cette solution. — Au demeurant, le cautionnement étant une garantie pour tous les faits de charge qui peuvent survenir pendant la durée de la gestion du titulaire, il en résulte qu'il n'est pas libre dans les mains de ce dernier, et que, par suite, tant qu'il est en fonctions, ses créanciers ordinaires, qui ne sont autre chose que ses ayants cause, ne peuvent pas plus le détourner de l'affectation spéciale qu'il a reçue, qu'il ne le pourrait lui-même. Ce nouvel argument est mis en vive lumière dans les deux arrêts précités de la Cour de Bordeaux.

tres créanciers (186) (art. 2073, 2076 (187), 2077 et 2102, 2°, C. civ.), on en conclura sans difficulté, qu'en réalité, le fait de distribuer l'objet du gage à des créanciers autres que ceux à qui cette garantie exclusive, par sa nature même, de tout concours, est spécialement affectée, violerait le caractère essentiel de cette prérogative, ou, pour mieux dire, la réduirait à néant. Le gage régulièrement constitué (188) conférant un droit opposable aux tiers, l'objet de cette garantie particulière est, quant à eux, sorti du patrimoine du débiteur commun (189).

Enfin, une double considération couronnera cet ensemble de raisonnements. C'est d'abord que, par le seul fait du versement de son cautionnement dans les caisses du Trésor public, le titulaire a contracté l'engagement tacite de ne pouvoir le réclamer tant qu'il exercerait ses fonctions, et même trois mois après leur cessation, et après l'observation des formalités prescrites pour la purge des créances pour faits de charge. Il résulte de cette idée que, jusque-là, les fonds des cautionnements ne peuvent être retirés par les titulaires, et qu'ils ne peuvent en toucher que les intérêts qu'ils produisent (190). Or les créanciers, ou tout autre ayant cause des titulaires, ne doivent et ne peuvent pas avoir plus de droits qu'ils n'en ont eux-mêmes (191). C'est, ensuite, que ce serait aller contre le but de la loi, que de détourner le cautionnement de sa destination fixe et positive, pour le faire servir à payer des dettes ordinaires, avant la cessation des fonctions du débiteur, et que, s'il en pouvait être ainsi, la faculté de faire saisir le caution-

(186) Comp. req. rej. 26 juin 1866, S. V. 66, 1, 357, et MM. Aubry et Rau, t. 4, § 431, p. 699, texte et note 2.

(187) La possession dont parle l'art. 2076 C. civ. doit s'entendre d'une possession effective. (Voir, à ce sujet, req. rej. 19 mars 1878, S. V. 78, 1, 261 et la note.)

(188) Voir les conditions de la validité du contrat de gage et de son efficacité à l'égard des tiers, dans MM. Aubry et Rau, *loc. cit.*, § 432, pp. 700 et suiv.

(189) On peut dire avec vérité que, par l'effet d'une constitution de gage collectif, le patrimoine du débiteur se scinde. Tout ce qui fait partie du gage rentre dans le domaine privé de ses créanciers, si l'on peut ainsi parler, et le surplus de la fortune du débiteur demeure seul dans le domaine public.

(190) Voy. toutefois *infra*, note 192.

(191) Voy. Dard, p. 107.

nement serait, entre les mains des chirographaires, un moyen indirect de faire encourir à un titulaire sa déchéance et sa destitution. Or, il est inadmissible qu'il ait été dans la pensée du législateur de frapper un officier, dit ministériel, d'une peine semblable, par cela seul qu'il se trouverait dans l'impossibilité, qui peut n'être que momentanée, d'acquitter quelques dettes.

En un mot, suivant l'idée très-exacte de Dalloz (*loc. cit.*, n° 104), à l'égard des créanciers ordinaires, le cautionnement doit être assimilé à une créance à terme, qu'aurait leur débiteur, et dont ils ne pourraient exiger le paiement de la part du tiers saisi (l'Etat) qu'à son échéance (décès, démission ou destitution du titulaire).

Quant aux intérêts, dont nous avons déclaré le versement immédiat possible entre les mains des créanciers ordinaires, il suffira, pour justifier cette solution, de rappeler l'idée que nous venons d'émettre, savoir, que le titulaire peut les toucher. Cela revient à dire, sous une autre forme, qu'ils se séparent du gage spécial des privilégiés, pour retomber dans le gage général de tous les créanciers, gage que régissent les articles 2092 et 2093 du Code civil (192).

---

(192) Ici toutefois, nous ferons encore une réserve, pour le cas spécial où le cautionnement aurait été fourni par un ou plusieurs bailleurs de fonds. Ceux-ci seraient alors évidemment préférables aux créanciers ordinaires, par ce motif péremptoire que leur débiteur n'ayant pas le droit de toucher ces intérêts, sauf convention contraire, ils n'entrent pas, en principe, dans le patrimoine de ce dernier. Cette idée se trouve en germe dans l'arrêt de Bordeaux du 25 avril 1833, cité note 183, qui déclare lesdits intérêts payables par préférence, jusqu'à la cessation des fonctions du titulaire, au bailleur de fonds. (Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., n°s 46 et 105.) Mais nous pensons, à raison même du caractère et de la nature du cautionnement, qui est, avant tout, de constituer une garantie pour les créanciers ayant privilège de premier ordre, que les créanciers pour faits de charge primeraient incontestablement les bailleurs de fonds, au moins pour les intérêts à venir, dans le cas où ils pratiqueraient sur eux une saisie-arrêt ou opposition. Et c'est bien en ce sens qu'il a été jugé, que le droit des créanciers pour faits de charge prime celui des bailleurs de fonds, sur les intérêts du cautionnement, dans le cas où il y a eu affectation en leur faveur, en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée. (Civ. cass. 6 janv. 1840, Dalloz, *Rép.*, *ubi supra*, n° 78.) Cela est, au surplus, très-conforme à ce qui s'induit de la loi, lorsqu'elle a établi ces deux sortes de privilèges. (Voir loi du 25 nivôse an XIII, art. 1, et art. 2102, 7°, C. civ.) De telle sorte que, à nos yeux, les droits des tiers prêteurs de deniers se réduisent à se faire attribuer privativement les intérêts en question, à l'exclusion des créanciers ordinaires, et, au regard des créanciers pour faits de charge, pendant

Observons que, si le paiement des intérêts peut être arrêté par l'opposition des tiers, cette opposition doit être formée antérieurement à l'ordonnancement desdits intérêts. Et un avis du Conseil d'Etat, du 12 août 1807 (193), a tiré de là cette conséquence assez notable, que le Trésor doit être réputé régulièrement libéré des intérêts payés aux titulaires, d'après les ordonnances ou mandats de paiement, lors même qu'il viendrait à sa connaissance des oppositions dans l'intervalle du jour de l'ordonnancement à celui où le versement aura été effectué.

Nous terminons de la sorte les quelques observations dont nous désirions faire suivre la septième des dix hypothèses annoncées, au sujet desquelles la distinction par nous établie entre les *officiers ministériels*, les *officiers publics* et les *fonctionnaires publics*, nous paraît avoir encore, ou avoir eu son importance. Signalons brièvement les trois dernières :

8° Tandis que tous les *officiers* dits *ministériels* (194) sont, sans exception aujourd'hui (195), soumis à la patente, cette

---

tout le temps qu'ils ne les frappent d'aucune opposition. Les créanciers ordinaires ne pourraient les frapper de saisie-arrêt à leur profit, que dans le cas où les tiers bailleurs des fonds du cautionnement auraient abandonné au titulaire le droit d'en recevoir le paiement, et il va de soi qu'ils pourraient être, le cas échéant, *à fortiori* de ce qui précède, primés par les créanciers pour faits de charge.

(193) Dalloz, *Rép.*, mot CAUTIONN. DE FONCT., nos 17-4° et 47.

(194) La note suivante rendra compte de la généralité de cette formule.

(195) Il n'en a pas toujours été ainsi ; et notamment, l'art. 33, 1er alin., de la loi du 25 ventôse an XI disposait expressément : « Les notaires exercent *sans patentes*... » Le décret des 2-17 mars 1791, art. 7, 2e alin., 1°, et celui des 29 sept.-6 oct. 1791, art. 16, 2e alin., les avaient aussi dispensés de prendre patente. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 93 et 174.) La loi du 17 brumaire an VI les avait, au contraire, soumis à cet impôt qui a paru trop lucratif pour être abandonné aujourd'hui. (Voy. ordonn. 23 déc. 1814, art. 1, pour les huissiers, Devill. et Car., *loc. cit.*, p. 916, col. 3.) Cette loi de brumaire fut au reste abrogée avec les lois relatives à la contribution des patentes, des 6 fructidor an IV, 9 frimaire et 9 pluviôse an V, par la loi du 1er brumaire an VII, qui, abrogeant toutes lois antérieures, maintint l'impôt, mais en fixa le mode de perception suivant un nouveau tarif. Les notaires figuraient alors en tête de la deuxième classe des patentables, eu égard à la population. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 457, 1re col.) Ajoutons que la loi du 25 avril 1844 dispensa formellement de la patente, dans son art. 13-2°, les notaires, avoués, avocats au conseil, greffiers, commissaires-priseurs, huissiers. (Devill. et Car., *op. cit.*, 2e série, p. 784.) Mais cette exemption fut de courte durée ; car la loi du 18 mai 1850, tableau G, les soumit tous à un droit proportionnel du quinzième de la valeur locative

charge ne pèse pas à beaucoup près d'une façon aussi générale sur les officiers ou les fonctionnaires publics proprement dits.

9° Signalons pour mémoire, à titre de neuvième intérêt, qu'une abrogation a fait disparaître, que les *fonctionnaires publics* avaient seuls, avant le décret du Gouvernement de la Défense nationale, en date du 19 septembre 1870, promulgué le 21 (196), le

---

(Voy. Devill. et Car., *op. cit.*, 3e série, année 1850, p. 129, col. 2, et, à la note 25, le rapport de M. Gouin.) — Voir, sur cette obligation de la patente: Dalloz, *Rép.*, mot PATENTE, nos 221 et suiv., et MM. Vuatrin et Batbie, *op. cit.*, pp. 452 à 476 et 1283 à 1284. — *Adde* l'art. 22 de l'annexe au décret du 27 juill. 1875, lequel approuve la délibération du Conseil général de la Guadeloupe, en date du 5 déc. 1874, portant réorganisation de la contribution des patentes. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 7e série, p. 739.) Aux termes de cet article : « Les notaires...., les avoués... et les huissiers sont soumis à un impôt particulier qui tient lieu du droit de patente et qui est réglé d'après le tarif établi chaque année. » (1er alin.) Cet impôt particulier « n'est soumis, ni au prélèvement du dixième en faveur des communes, ni à l'addition des centimes attribués aux Chambres de commerce. » (2e alin.) — Les greffiers des tribunaux de simple police sont soumis à la patente, comme les greffiers de justice de paix ; ils prétendraient en vain, à raison de ce qu'ils reçoivent une rétribution au moyen d'un traitement, qu'ils doivent être classés parmi les fonctionnaires publics et les employés salariés par l'Etat. (Cons. d'Etat, 9 août 1869, D. P. 70, 3, 105.)

Notons aussi que le patentable du tableau G de la loi du 18 mai 1850, qui exerce en même temps une autre profession, est passible, à titre d'imposition additionnelle, du droit fixe afférent à cette dernière profession, et qu'il en est ainsi, notamment, du commissaire-priseur, qui exerce en même temps la profession d'appréciateur au mont-de-piété. (Voy. sur ce point : Cons. d'Etat, 22 nov. 1851, D. P. 52, 3, 40 ; 26 déc. 1865, D. P. 67, 3, 4, et 6 juin 1866, D. P. 67, 5, 308.) — Les commissaires-priseurs ne sont pas d'ailleurs assujettis à la patente de directeur de ventes à l'encan, à raison de ventes publiques d'objets mobiliers, tels que marchandises neuves, qu'ils pratiquent en vertu de leurs attributions. (Cons. d'Etat, 2 mars 1849, D. P. 49, 3, 34.)

Observons enfin que les huissiers désignés par le tribunal de commerce, pour remplir les fonctions de syndics dans les faillites, ne sont pas assujettis à la patente. (Voy. deux arrêts du Cons. d'Etat du 20 déc. 1848, D. P. 50, 3, 5.)

(196) Devill. et Car., *Lois ann.*, 6e série, p. 518. — Sur la portée de l'abrogation, voy. : Chambéry, 20 janv. 1873, S. V. 75, 2, 329 et la note de M. E. Dubois, professeur à la Faculté de Nancy ; crim. rej. 20 juin 1873, S. V. 74, 1, 40 et la note 4 ; Amiens, 8 janv. 1874, S. V. 74, 2, 3 et note 1 ; civ. cass. 22 avril 1874, S. V. 74, 1, 261 ; Alger, 7 juill. 1874, S. V. 74, 2, 279 et note 1 ; Ch. crim. 5 nov. 1874, S. V. 75, 1, 438 et notes 1 et 4 ; crim. cass. 24 déc. 1874, S. V. 75, 1, 48 et les renvois ; civ. rej. 14 juin 1876, S. V. 77, 1, 193 et les savantes observations de M. Labbé ; Dijon, 15 déc. 1876, S. V. 77, 2, 53 et la note ; trib. des conflits, 5 mai 1877, S. V. 78, 2, 93 et le renvoi ; Amiens, 18 fév. 1878, S. V. 78, 2, 81 et la note. Voy. encore, dans la *Gaz. des Trib.* du 25 nov. 1877, p. 1135, col. 3, les conclusions de M. David, commissaire du Gouvernement, dans une affaire sur laquelle le tribunal des conflits a statué le 24 nov. 1877 ; voy. aussi S. V. 78, 2, 157 et la note, et enfin une décision du 29 juill. 1876, S. V. 78, 2, 309 et la note 5-6, par laquelle le tribunal des conflits a décidé, avec toute raison, que l'abrogation dont il est parlé au texte n'a pas eu pour conséquence de sup-

bénéfice de l'art. 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII (197).

10° Enfin, à un dernier point de vue, le plus important de tous pour nous, puisque c'est à son développement qu'est consacrée cette étude, les *officiers* dits *ministériels* se séparent profondément des *officiers publics* proprement dits, ainsi que des *fonctionnaires publics*, en ce que seuls, bien qu'ils puissent néanmoins être destitués par mesure disciplinaire (198), ils jouissent

---

primer la prohibition, pour les tribunaux de l'ordre civil, d'interpréter des actes administratifs. (Voy. la conséquence que tire le tribunal de ce point de vue.) Le tribunal des conflits s'était déjà prononcé en ce sens, que l'abrogation de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII n'a pas eu pour effet de déroger au principe de la séparation des pouvoirs, proclamé par la loi des 16-24 août 1790, titre 2, art. 13, à laquelle il faut joindre le 2e alinéa du décret du 16 fructidor an III (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 50 *in fine* et suiv., et p. 347), en élargissant le domaine de la compétence judiciaire. (Voy. trib. des conflits, 30 juill. 1873, S. V. 74, 2, 23 et la note, et 28 nov. 1874, S. V. 76, 2, 192 ; *junge* : trib. des conflits, quatre jugem., 8 déc. 1877, et 6 jugem., 15 déc. suiv., S. V. 79, 2, 279 et 307 et les notes.) La Cour de cassation, d'abord contraire à ce système (req. rej. 3 juin 1872, S. V. 72, 1, 186), paraît s'être ralliée, d'une manière au moins implicite, par deux arrêts plus récents, à la doctrine indiquée. (Voir arrêts des 3 août 1874 et 8 fév. 1876, S. V. 76, 1, 193 et la note 1.) Voy. aussi, en ce dernier sens, trib. civ. Versailles, 25 juill. 1879, *Gaz.* du 27, p. 729, col. 1.

(197) Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 519 *in fine*. Cependant la Cour de cassation, par arrêt du 26 déc. 1807, rapporté par Merlin (*Rép.*, mot GARANTIE DES FONCT. PUBLICS, n° 6. — Comp. mot GREFFIER, n° 15), avait décidé que cet article était inapplicable aux greffiers. Le réquisitoire du procureur général Merlin, qui demandait et obtint la cassation d'un arrêt de la Cour de justice criminelle du département des Apennins, en date du 9 nov. précédent, est curieux à consulter, en ce qu'il constate la pratique suivie pour l'application de cette disposition aux huissiers, avoués et notaires. Nous nous serions au reste absolument rangé au sentiment de l'éminent jurisconsulte, par cette raison que, comme il le dit lui-même, les mots AGENTS DU GOUVERNEMENT, dans l'art. 75, dont la portée était purement politique, ne désignaient « que les fonctionnaires publics qui non-seulement sont nommés par le gouvernement, mais sont encore tellement sous sa dépendance, qu'ils ne peuvent jamais, dans l'exercice de leurs fonctions habituelles et journalières, avoir d'autre opinion que la sienne, ni tenir une conduite opposée à celle qu'il leur trace, soit par lui-même, soit par ses agents supérieurs. »

(198) Nous rencontrons ici une nouvelle occasion de signaler une différence capitale qui distingue les notaires des *officiers ministériels* proprement dits. La destitution des notaires est prononcée par les tribunaux civils d'arrondissement (ceux de leur résidence), et elle ne peut l'être que par eux seuls. (Loi du 25 ventôse an XI, art. 53 ; décis. du minist. de la just., 11 juill. 1835 ; Dalloz, *Rép.*, mots NOTAIRE, nos 58 et note 1, 728 et 852 ; OFF. PUB. — OFF. MINIST., n° 14. *Junge* M. Demoly, *op. cit.*, t. 1, n° 2576.) Observons de suite qu'il en est de même pour les agents de change et courtiers, dans les cas prévus aux art. 85, 86 et 87 C. de comm., en ce sens que c'est aux tribunaux correctionnels, et non à l'autorité administrative, qu'il appartient de prononcer leur destitution. (Cass. ch. réunies, 26 janv. 1853 ; voy. les conclusions de M. Nicias

du droit de transmettre leur office à un successeur agréé par le Gouvernement. (Loi du 28 avril 1816, art. 91.) (199)

Avant d'abandonner cette introduction générale, indiquons sommairement, et pour n'y plus revenir, les personnes que la pratique considère comme *officiers ministériels*, et qui doivent porter cette dénomination au point de vue spécial de notre travail.

Elles sont au nombre de huit.

Ce sont (200) :

Gaillard, D. P. 53, 1, 6, et *Rép.*, mots BOURSE DE COMM., n° 429, et OFFICE, n° 401.) Mais, en cas de prévarication, leur destitution serait prononcée par le Chef de l'Etat sur le rapport qui lui serait fait par le ministre du commerce. (Arrêté du 29 germinal an IX art. 17 et 18, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 562.) — Le droit de destituer les notaires n'appartient pas au Gouvernement. C'est là une conséquence de l'inamovibilité attachée par l'art. 2 de la loi du 25 ventôse an XI aux fonctions notariales, inamovibilité qui exige que toute décision, privant un notaire de ses fonctions, émane d'une autorité indépendante, et non suspecte d'arbitraire ou de caprice.

Le Gouvernement peut, au contraire, en cas de faute grave, suivant l'opinion la plus accréditée, prononcer la révocation des *officiers ministériels* (*proprio sensu*), sans même avoir à attendre la provocation des tribunaux. (Dalloz, *Rép.*, mot OFFICE, nos 396 et suiv. Comp. crim. rej. 11 avril 1835 ; consulter, à propos de cette affaire, les remarquables conclusions de M. Flandin, procureur du roi, alors, au tribunal de Bourbon-Vendée, D. P. 35, 1, 281 ; Paris, 27 mai 1837 ; Cons. d'Et., 26 juill. 1837 ; Dalloz, *Rép.*, mot GARDE DE COMM., n° 12. Voy. aussi Merlin, *Rép.*, mot HUISSIER ; Dard, *op. cit.*, pp. 134 et suiv.) Le Gouvernement a maintenu son droit à leur égard, même dans le cas où le tribunal n'avait pas pensé qu'il y eût lieu au prononcé d'une peine disciplinaire. (Cons. d'Et., 10 déc. 1846, D. P. 47, 3, 66.)

Il y a plus ; d'après la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, le recours par la voie contentieuse contre la décision gouvernementale qui prononce cette destitution, n'est pas admissible, par la raison qu'il s'agit là d'un acte purement administratif. (Dalloz, *Rép.*, mots COMPÉT. ADMIN., n° 52, et OFFICE, n° 399 ; Cons. d'Et., 16 janv. 1815 ; 20 déc. 1833 ; 26 juill. 1837 et 10 déc. 1846 précités ; 9 avril 1849.) Enfin, il a été décidé, en ce qui concerne les greffiers, qui participent de beaucoup plus près que les notaires, les avoués et les huissiers, à l'action de la justice, et qui sont, pour la perception des droits de greffe, des receveurs préposés par le Trésor public, que la destitution prononcée par mesure disciplinaire échappe au contrôle du Conseil d'Etat, et que celui qui est l'objet de cette mesure ne peut pas l'attaquer devant lui, même pour violation de formes. (Cons. d'Et., 8 avril 1858, D. P. 59, 3, 19. Comp. au surplus ce que nous disons ci-dessous sur ce sujet.)

(199) Dalloz, *Rép.*, mots ENREGISTREMENT, nos 1894 et suiv., 4234 et suiv. ; OFFICE, nos 53 et suiv. — Notons, en terminant, qu'il y a incompatibilité du mandat de député avec une fonction publique. C'est là une règle n'admettant que des exceptions limitativement déterminées. (Loi 30 nov. 1875, art. 8 à 12.) Cette règle devient, au contraire, l'exception, en ce qui concerne les fonctions de sénateur. (Loi 2 août 1875, art. 20.) — Voy., là-dessus, M. Ducrocq, *Cours de droit admin.*, 5e éd., 1877, t. 1, n° 44-6°, pp. 51 *in fine* et suiv. *Adde* nos 562 et 565.

(200) Nous suivons, dans cette énumération, l'ordre même de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816.

1° Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (201), dont les fonctions étaient autrefois distinctes et séparées. Les avocats attachés à l'ancien Conseil d'Etat tombèrent avec lui. La loi du 14 avril 1791 les fit disparaître, mais elle les autorisa à exercer les fonctions d'avoués près les tribunaux de district et près le tribunal de cassation, qui fut, on le sait, chargé des attributions de l'ancien Conseil des parties, aboli par la loi du 27 novembre 1790, art. 30. — Supprimés comme avoués, par la loi du 3 brumaire an II, ils furent rétablis par celle du 27 ventôse an VIII,

---

(201) Voy., en ce qui les concerne, au point de vue spécial du droit administratif, décret du 22 juill. 1806, art. 44 et suiv. (MM. Vuatrin et Batbie, *op. cit.*, p. 20.) — D'après l'art. 17 du règlement du 26 oct. 1849 (*iid.*, *eod.*, p. 73 *in fine*), quand il s'agit de conflits négatifs, le pourvoi au tribunal des conflits doit être formé par le ministère des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. En matière de conflits positifs, les parties se trouvent, au contraire, dispensées de leur ministère, par cette raison qu'elles n'ont à présenter que des observations sur l'arrêté pris par le préfet, et ne sont pas admises à poser des conclusions. M. Aucoc, dans son excellent travail sur la proposition relative à la procédure des conflits, dont il est question à la note 205 *infra*, fait, au sujet de ce projet de loi, la remarque suivante : « Il semble », dit-il, « que le système nouveau, qui établit un régime uniforme et qui admet les parties à engager une instance spéciale contre les décisions qui déclarent soit la compétence, soit l'incompétence du juge saisi, et à prendre des conclusions dans les deux cas (voy., en effet, l'art. 1er du projet, *Gaz. Trib.* 30 mars 1879, p. 315, col. 2), supprime l'obligation du ministère des avocats. Mais le rapport ne fournit pas d'explications sur ce point. » (Voy. *Gaz. Trib.* du 2 avril suiv., p. 323, col. 4.)

On trouve dans le commentaire de Tolozan (sur le titre XVII du Règlement du 28 juin 1738, maintenu en vigueur, dans un grand nombre de ses dispositions, par les lois des 27 nov. 1790, art. 28, et 27 ventôse an VIII, art. 90), de précieux renseignements historiques sur l'origine des anciens *avocats aux Conseils*, sur la création de leurs offices, et les changements survenus dans leur nombre, sur les droits et prérogatives qui y étaient attachés, enfin sur l'ordre des avocats, considéré comme corps, et sur la discipline à laquelle ses membres étaient soumis. — Les *Lois annotées* de MM. Devilleneuve et Carette (1re série, pp. 725, note 2, et 985, note 2) nous offrent le résumé de la législation qui les concerne, jusqu'à l'ordonnance du 10 sept. 1817, dont nous parlons à la note suivante. — En ce qui touche le caractère obligatoire pour les parties, du ministère de ces *officiers ministériels*, il convient de faire deux observations :

1° Remarquons d'abord, dans l'ordre administratif, que les pourvois peuvent être formés devant le Conseil statuant au contentieux, soit par l'administration (les ministres), soit par les particuliers et même par les personnes morales (départements, communes, établissements publics), qui sont traitées comme les particuliers. Dans le premier cas, ils peuvent toujours être introduits directement et sans frais, tandis au contraire qu'il n'est pas, en principe, loisible aux particuliers de saisir le Conseil autrement que par le ministère des avocats. Les règles relatives aux pourvois privés étaient absolues en 1806. (Voy. décret du 22 juill. 1806, art. 1, *Recueil* de MM. Vuatrin et Batbie, p. 17) ; « mais à mesure que le cercle des attributions du Conseil s'est élargi et que les pouvoirs des autorités locales se sont accrus, il a paru nécessaire de facili-

art. 93 ; puis le décret du 25 juin 1806 leur donna le titre d'avocats. Précédemment, le décret du 11 du même mois de juin avait, par ses articles 33 et 34, créé les avocats au Conseil d'Etat. Les deux fonctions, alors distinctes, furent réunies par l'ordonnance

---

ter de plus en plus aux parties l'accès de la juridiction suprême ; aujourd'hui, si l'on s'attache à la nature des affaires, le ministère d'avocat paraîtra encore obligatoire dans la plupart des cas, mais si l'on tient compte du nombre de pourvois auquel donne lieu chaque matière, on reconnaîtra qu'en fait les parties sont le plus souvent dispensées, non-seulement du ministère des avocats, mais des droits d'enregistrement. » (Voy. le Compte général des travaux du Conseil d'Etat, *Gaz. Trib.* 13 déc. 1878, p. 1207, coll. 1 *in fine* et suiv.) Ce compte-rendu (*eod.*, col. 2) signale que, « grâce aux différentes exemptions qui ont été édictées, sur 7.000 pourvois jugés par le Conseil d'Etat, de 1872 à 1877, il y en a eu 5.400 pour lesquels le ministère des avocats n'était pas obligatoire.... » — Voy., sur la dispense de constitution d'avocat au Conseil, la suite du passage précité, et, sur les huit classes d'affaires qui *seules* jouissent aujourd'hui de cette exemption, purement facultative, la pratique le prouve (Compte général, *passim*) : MM. Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 5e éd., t. 1, p. 235, nos 265 à 267 inclus et no 278 ; L. Aucoc, *Confér. sur l'admin. et le droit admin.*, faites à l'école des Ponts et Chaussées, 2e éd., t. 1, p. 595, no 371.

2° Relativement à l'ordre judiciaire, observons, en second lieu, que le ministère de ces avocats est toujours obligatoire devant chacune des trois chambres de la Cour de cassation. C'est là une règle qui ne fléchit devant aucune exception. — A ce sujet, il n'est pas sans importance de consulter un arrêt de la Cour de cassation (crim. cass. 22 nov. 1878, *Gaz. Trib.* 7 déc., p. 1188, col. 1 *in fine*), qui décide que le droit de produire au greffe de ladite Cour les mémoires et requêtes de la partie civile demanderesse, appartient exclusivement aux avocats qui exercent près d'elle (ce droit résulte du texte formel de l'art. 424, 2e alin. *in fine*, C. instr. crim.), et que, par suite, il y a lieu pour la Cour de cassation d'écarter du débat les moyens de cassation formulés par une partie civile qui les a adressés directement au greffier par la poste, et que ce dernier n'aurait pas dû recevoir. Mais cet arrêt ajoute qu'après avoir déclaré non avenus, comme irrégulièrement produits, les moyens invoqués à l'appui de son pourvoi par la partie civile, la Cour peut se les approprier et y statuer d'office.

Une dernière remarque générale couronnera cet ensemble d'observations : c'est que, dans le domaine administratif ou judiciaire, il n'y a de mandataires spéciaux, dont le ministère soit obligatoire pour les parties, que devant la juridiction supérieure, là le conseil d'Etat, ici la Cour de cassation ; ce sont les membres de la corporation des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, remplissant auprès de ces deux juridictions suprêmes les fonctions d'avoués, en même temps que celles d'avocats.

Les avocats près les tribunaux de première instance et près les Cours d'appel, non plus que les agréés près les tribunaux de commerce, ne sont *officiers ministériels*. De là ces deux conséquences que, d'une part, ils n'ont pas le pouvoir d'engager leurs clients par un acquiescement (voy. Dalloz, *Rép.*, mot ACQUIESCEMENT, nos 116 et suiv.), et que, de l'autre, ils ne jouissent pas, pour le règlement de leurs honoraires, du bénéfice de la compétence établie par l'art. 60 du C. de pr. civ. (Voy. Dalloz, *op. cit.*, mots AVOCAT, no 249, et COMPÉT. DES TRIB. CIV. D'ARROND., nos 160 et suiv. — Comp. notre note 116 *supra*, p. 98, en ce qui concerne les avocats à la Cour de cassation.) Il a même été jugé que dans le cas où ces honoraires ont été avancés à l'avocat par l'avoué, le client ne peut être poursuivi en remboursement que suivant les règles ordinaires de la compétence (Chambéry, 11 mars 1863, D. P. 64, 5, 196, no 2), et sans

du 10 septembre 1817, et depuis cette dernière époque elles sont restées indivisibles (202) ;

2° Les notaires (203) ;

---

qu'il y ait lieu à dispense du préliminaire de conciliation. (Dalloz, *Rép.*, mot CONCILIATION, n° 200.) — Il convient d'observer toutefois que les avocats sont compris parmi les *officiers de justice*, et qu'ils ont droit comme tels, pendant l'exercice de leurs fonctions, à une protection plus efficace que celle qui est assurée aux simples particuliers, alors surtout qu'ils sont appelés à suppléer des magistrats. (Voy. Dalloz, *Rép.*, mot PRESSE-OUTRAGE, n° 747.) — Comp., sur tout ceci, Dalloz, *Rép.*, mot OFF. PUB.-OFF. MINIST., n° 8.

(202) Voy. Devill. et Car., *Lois ann.*, 2e série, *Table gén.*, p. 12, mot AVOCATS AUX CONSEILS DU ROI ET A LA COUR DE CASSATION.

(203) Le point de départ du notariat moderne peut se placer sous le règne de saint Louis, qui fut le véritable fondateur de cette grande et belle institution, dont l'idée première, ainsi que nous aurons à le constater par la suite, remonte à la plus haute antiquité. Jusqu'à ce roi, le droit de constater les conventions, ou, comme l'observe Loyseau, « d'expédier les actes de juridiction volontaire qui sont les contrats », appartenait à l'autorité judiciaire; d'où nous tirons cette conséquence toute naturelle et en même temps forcée que le notariat est bien un démembrement de la magistrature. A ce sujet, il convient de rappeler les paroles de M. Réal, dans l'exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI : « Le droit de rendre la justice s'adjugeait avec les autres parties du domaine, et le dernier enchérisseur devenait en même temps receveur des domaines et juge; il percevait, comme receveur, les amendes et les confiscations qu'il prononçait comme juge, et le greffe et le notariat faisaient partie de l'adjudication. Sous un pareil régime, toutes les idées de justice, de sûreté et de propriété, étaient anéanties. » Le mal était grand en effet, et il suffit d'écouter le témoignage d'un contemporain, pour en apprécier tout ensemble la réalité et l'étendue. « La prevosté de Paris », a écrit Joinville, « estoit lors vendue aux bourjois de Paris. Pour cette chose estoit trop le menu peuple defoulé... Par les grands jures (injures) qui estoient faictes en la prevosté, le menu peuple n'osoit demourer en la terre du roy; ains alloient demourer en autres prevostés et autres seigneuries; et estoit la terre du roy si vague, que quand il tenoit ses plez, il n'y venoit pas plus de dix personnes ou de douze... Le roy qui metoit grand diligence à ce que le menu peuple fust gardé, sot toute la vérité : si ne voult plus que la prevosté de Paris fust vendue, ains donna gages bons et grans à ceux qui dès or en avant la garderoient, et toutes les mauvaises coutumes dont le peuple pooit être grevé, il abattit. »

Sans doute, avant Louis IX, Charlemagne avait bien voulu créer des notaires sous le nom de *Judices Chartularii* (ou *Cartularii)*; mais l'idée qu'il avait conçue du notariat ne fut point mise à exécution. Ce fut saint Louis qui la recueillit. Et l'un des points les plus importants de la réforme entreprise par ce prince qui, au dire du même chroniqueur, « fut l'home du monde qui plus se travailla de pais entre ses soujets », fut la création, pour la Prévôté de Paris, de soixante notaires, dont les attributions, bien que soumises à la surveillance de l'autorité judiciaire, en demeurèrent néanmoins parfaitement distinctes. Cette organisation s'étendit insensiblement et comme par degrés aux autres parties du royaume. Le notariat moderne était fondé! Et il ne resta plus aux successeurs de saint Louis qu'à tirer les conséquences du principe qu'il avait posé. C'est ce que firent spécialement Philippe IV qui, suivant l'exemple donné, établit des notaires dans tous ses domaines, et aussi Henri IV qui, après avoir supprimé et réuni à son domaine une foule d'offices, dont le royaume était surchargé, créa de nouveaux officiers sous le titre de *Notaires*, *Tabellions* et *Garde-notes*. C'est

sous ce titre, et avec les attributions que saint Louis leur avait données, que ces officiers existaient lorsque éclata la révolution de 1789. Celle-ci trouva les notaires divisés en trois classes : les notaires royaux, les notaires seigneuriaux et enfin les notaires apostoliques. Son premier soin fut de faire cesser une distinction qui ne répondait plus au nouvel ordre social, et d'opérer la réorganisation du notariat d'après des principes plus conformes aux aspirations et aux besoins de l'époque. Tel fut l'objet de la loi des 29 sept.-6 oct. 1791, que devait bientôt remplacer la loi du 25 ventôse an XI. C'est cette dernière loi, complétée par l'ordonnance du 4 janv. 1843, qui régit encore aujourd'hui le notariat. Il est utile de rappeler, à ce propos, les belles paroles de M. Réal, dans l'exposé des motifs de la loi de l'an XI. C'est le meilleur et le plus sûr commentaire que l'on puisse donner, touchant le caractère vrai des notaires, et la page la plus éloquente qu'on puisse lire, concernant l'idée exacte qu'on doit se faire de la nature de leur profession. « Pour établir sur des bases inébranlables », disait l'éminent conseiller d'Etat, en des termes dont on n'a jusqu'ici dépassé ni la justesse ni la précision, « pour établir sur des bases inébranlables le droit de propriété, la liberté civile, le repos des familles, ce n'est pas assez d'avoir institué des tribunaux chargés de prononcer sur les différends que l'intérêt fait naître, d'avoir placé dans chaque famille un conciliateur, un juge de paix dont la principale fonction est d'assoupir à leur naissance toutes les contestations ; ce n'est point assez qu'à ces deux garanties de la tranquillité publique, le rétablissement des cultes ait ajouté l'intervention puissante du ministre qui, au nom de la Divinité, invite les hommes aux sacrifices mutuels qui maintiennent la concorde ; une quatrième institution est nécessaire, et, à côté des *fonctionnaires* qui concilient et qui jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres *fonctionnaires*, qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ces engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique, et *la force d'un jugement en dernier ressort*, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi, et enlèvent aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation. Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, *cette espèce de juges volontaires* qui obligent irrévocablement les parties contractantes, sont les notaires : cette institution est le notariat. » (Voy., sur tout ceci, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 623, note 2, et le discours précité de M. l'avocat général Tappie, *Gaz. Trib.* 19-20 nov. 1877, p. 1115, col. 3.)

Une circulaire du Ministre de la Justice, du 19 oct. 1876 (voy. *Journal officiel* du 28 oct., et Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 177), dont nous avons déjà parlé, note 112 *supra*, IX, p. 72, rappelle les notaires à la stricte exécution de leurs devoirs professionnels, dont l'oubli et les abus qui en sont la suite inévitable, ont, il faut bien le dire, puissamment contribué à jeter sur le notariat une sorte de méfiance, peut-être même de discrédit, à l'abri duquel ne l'ont pas mis sa juste et vieille réputation d'intégrité. C'est avec un profond regret que nous nous sommes vu contraint de constater la dégénérescence progressive et parfois très-rapide de cette noble institution dans certains arrondissements ; et la lecture de statistiques annuelles, d'où ressort une augmentation toujours croissante dans le nombre des destitutions, nous a été des plus pénibles. Avant 1870, le nombre des destitutions prononcées contre des notaires ne dépassait pas la moyenne annuelle de douze ou treize. Elle s'est élevée subitement dans ces dernières années au chiffre de dix-neuf ou vingt, et même de vingt-huit en 1875. Aussi bien ne saurions-nous donner d'une façon plus complète notre entier assentiment à la circulaire dont s'agit et qui réclame, pour le succès des mesures qu'elle prend, la fermeté et l'autorité des Parquets et des Chambres de discipline,

qu'en en extrayant textuellement le passage suivant, qui, s'il recevait une application absolument rigoureuse, serait à nos yeux un puissant palliatif contre le mal. « Lorsqu'un notaire cèdera son office, vous vérifierez (le Garde des Sceaux s'adresse aux Procureurs généraux), vous vérifierez avec soin si dans sa pratique il s'est conformé aux règlements ; vous vous expliquerez sur ce point important dans tous les rapports que vous m'adresserez. Dans le cas où des contraventions fréquentes auraient été relevées, je me verrais forcé de réduire le prix de l'office dans la proportion qui sera nécessaire pour que le successeur ne soit pas, en quelque sorte, obligé de continuer les mêmes errements, et d'augmenter les produits de l'étude par des opérations irrégulières. (Mesure excellente ; car ces pratiques dangereuses aboutissent au résultat final d'enfler le prix de cession au delà du chiffre que devrait normalement atteindre un office régulièrement exercé.) Vous exigerez, en outre, du successeur qui sera proposé à *mon agrément* (il eût été plus conforme au texte de la loi, et au respect dû au Chef de l'Etat, de ne point ainsi se substituer si gracieusement à lui) l'engagement formel de renoncer à ces pratiques, et vous me direz s'il présente des garanties morales suffisantes pour qu'on puisse avoir une entière confiance dans sa parole. » — La circulaire dont nous nous occupons cherche le moyen de remédier à trois abus et prend les mesures propres à arriver à cette fin.

Le premier résulte de la méconnaissance des sages prescriptions de l'art. 12 de l'ordonn. du 4 janv. 1843, dont l'inobservation a produit ce résultat que les évènements de 1870-1871 ont eu de funestes contre-coups et ont amené un assez grand nombre de désastres dans le notariat. Nous venons de voir, par le passage précité, comment le Garde des Sceaux espère pouvoir écarter le danger.

Le second abus, quoique moins grave, peut avoir néanmoins des conséquences fâcheuses : il s'agit du retard que mettent certains notaires à opérer le recouvrement de leurs déboursés et honoraires. En règle générale, ces recouvrements devraient être faits dans l'année, et la circulaire invite les Chambres de discipline à prendre des délibérations qui devraient être portées à la connaissance du public, et qui obligeraient les notaires à ne pas les différer au delà de ce délai ; mais souvent dans le but soit de ne point mécontenter leurs clients, soit de les retenir plus sûrement, des notaires s'abstiennent, plusieurs années durant, de réclamer les sommes qui leur sont dues, et c'est ainsi qu'il arrive trop fréquemment qu'un notaire, en se retirant, est obligé de se consacrer à une véritable liquidation des exercices antérieurs, remontant parfois jusqu'à dix années, et souvent même jusqu'au début de ses exercices. Il résulte de là que le successeur, qui compte sur les produits déclarés de l'étude, ne touche pendant longtemps et avec difficulté qu'une faible partie de ses déboursés et honoraires. D'où la conséquence presque forcée que, s'il n'a pas un fonds de roulement relativement considérable, il se voit exposé à des tentations, ou condamné à des expédients toujours regrettables. Aussi le Ministre de la Justice exprime-t-il à ses Procureurs généraux le désir que ceux-ci exigent à l'avenir des notaires qui céderont leurs offices, un état des recouvrements restant à opérer, état divisé en deux colonnes, l'une pour les honoraires, l'autre pour les déboursés, et il ajoute : « Lorsque le montant des sommes dues excèdera la moyenne du produit de plusieurs années, je me réserve de faire subir au prix stipulé dans le traité une réduction motivée par la situation désavantageuse qui sera faite au successeur. » Et afin d'éviter la fraude et le mensonge, toujours si aisés en pareille matière, il impose aux substituts des Procureurs généraux l'obligation de s'assurer, « par l'examen des livres de comptabilité, que les états de recouvrements, aussi bien que les états de produits des cinq dernières années, sont l'expression de la vérité. »

Le Garde des Sceaux termine enfin en rappelant aux notaires l'indispensable nécessité de tenir leur comptabilité avec soin et régularité. Il constate, toutefois, que cer-

3° Les avoués (204) ;

---

tains notaires, en petit nombre, n'ont aucune comptabilité, et que d'autres, plus nombreux, n'en ont qu'une incomplète et mal tenue, et il recommande aux Procureurs généraux d'appeler sur ce point l'attention des Chambres de discipline. Et c'est à bon droit : on ne sait pas, en effet, à quelle ruine peuvent conduire le manque d'ordre dans les écritures, ou le défaut même d'écritures. Ne pas se rendre un compte exact, jour par jour, de sa position vis-à-vis de chacun de ses clients, c'est pour le notaire la plus périlleuse des fautes. Trompé sur sa situation vraie, et ne s'apercevant que trop tard de l'excès de ses dépenses sur les produits de son étude, le notaire tout au moins imprudent, car les notaires qui se rendent coupables de détournements n'ont pas tous été de mauvaise foi, dès le début de leur exercice, le notaire, placé qu'il est sur une pente glissante, se laisse entraîner jusqu'à disposer des fonds de ses clients ; de ce jour-là, son étude devient pour lui l'antichambre de la Cour d'assises. Aussi le Garde des Sceaux recommande-t-il que les rapports qui seront adressés à ses Procureurs généraux par leurs substituts, à l'occasion des traités de cession, « s'expliquent sur l'état de la comptabilité tenue par le cédant ; si cette comptabilité est défectueuse ou insuffisante, ils devront », ajoute la circulaire, « inviter le successeur à en établir une sur de meilleures bases » ; recommandation un peu platonique peut-être. — Nous ne saurions trop engager à lire, dans le n° des 19-20 nov. 1877 de la *Gazette des Tribunaux*, le remarquable discours déjà cité, note 100 *supra*, p. 58, de M. l'avocat général Tappie, *De la réforme du notariat*, discours dans lequel ce magistrat signale les dangers qui menacent le notariat, et les causes qui semblent préparer sa décadence ; ce document ne peut guère se séparer de la circulaire ministérielle que nous venons d'analyser.

Consulter, sur les réformes dont le notariat pourrait être l'objet : M. Albert Amiaud, *Etudes sur le notariat français*, et, dans la *France judiciaire*, 1er août 1878, n° 19, M. A. Planté, *Observation sur la réforme du notariat*. Mentionnons enfin tout spécialement le rapport fait à la *Société de législation comparée*, sous la signature de M. P. Pradines, avocat à la Cour d'appel de Paris, par la Commission que cette société avait instituée le 18 mars 1869, pour étudier la situation du notariat dans les différents pays étrangers par comparaison avec le notariat français.

(204) Les principaux textes relatifs aux avoués sont les suivants : loi 27 ventôse an VIII, art. 93 et suiv. ; arrêtés 13 frimaire an IX et 2 thermidor an X ; loi 21 ventôse an XII, art. 25 et suiv. ; décr. 6 juill. 1810, art. 112 et suiv. ; loi 2 juill. 1812 ; ordonn. 27 fev. 1822 et 12 août 1832 ; décr. 7 nov. 1861.

Jusqu'au décret du 25 juin 1806, la dénomination d'*avoué* comprenait les avocats à la Cour de cassation, qui sont de plus aujourd'hui, ainsi qu'il est dit au n° 1, avocats au Conseil d'Etat. (Voy. ordonn. des 13 nov. 1816 et 10 sept. 1817, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 725 et 985. Comp. note 202.)

L'éminent M. S. Glandaz, que la corporation des avoués s'honorera à jamais d'avoir compté parmi ses membres, et dont on trouvera dans la *Gaz. des Trib.* du 6 avril 1877, p. 332, coll. 3 et suiv., un éloge funèbre, dicté par l'éloquence du cœur à la plume de son gendre, M. le conseiller Dupré Lasale, a fourni en 1839, à l'*Encyclopédie du droit*, un remarquable article sur la législation qui régit les avoués. On doit enfin à M. Samuel Warren, ancien avocat de la Reine, docteur en droit civil de l'Université d'Oxford, etc., une publication relative aux devoirs des procureurs et avoués.

Nous signalerons, à propos des avoués, une question dont la doctrine et la pratique ont dès longtemps révélé l'intérêt :

Il est généralement admis que les avoués ont le droit de retenir les pièces de pro-

cédure jusqu'au paiement de leurs frais. (Voy. Paris, 25 août 1849, S. V. 49, 2, 491 ; Agen, 23 mai 1851, S. V. 52, 2, 111 ; Rouen, 12 déc. 1851, S. V. 53, 2, 299 ; trib. de Montélimar, 6 mars 1868, S. V. 68, 2, 120 ; civ. rej. 10 août 1870, S. V. 70, 1, 398 et les renvois ; M. Chauveau sur Carré, t. 7, quest. 279 *bis*.) Toutefois, c'est là une question qui a fait difficulté, et des auteurs se sont prononcés en sens contraire des arrêts précités. (Voy. Bouvot, *Arrêts not.*, t. 1, p. 249, mot PROCUREUR ; Favard, *Rép.*, mot OFFICIER MINISTÉRIEL, n° 4, et Boncenne, *Théorie de la procéd.*, t. 2, p. 259.) Ces auteurs citent, à l'appui de leur doctrine, une déclaration d'avril 1453, et l'art. 17 de la loi du 3 brumaire an II. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 270.) Mais l'opinion conforme aux décisions judiciaires précitées est soutenue, avec raison, pensons-nous, par MM. Glandaz, *Encyclopédie du droit*, mot AVOUÉ, n° 34, et Bioche, *Dictionn. de proc.*, même mot, n° 260. Suivant Carré, *Compét. civ.*, t. 1, art. 113, on doit distinguer, sur ce point, entre les titres et pièces remis par la partie à l'avoué, et les actes de la procédure. D'après cet auteur, ceux-ci peuvent être retenus, mais non les autres. Enfin Berriat, *Cours de procéd.*, 6e éd., t. 1, p. 78, tout en reconnaissant aussi que l'avoué a le droit de retenir les actes de procédure, ajoute que, quant aux titres, il ne peut les retenir que pour le paiement des déboursés relatifs à ces titres. — La Cour de Rouen, dans l'arrêt précité de 1851, a étendu le droit de rétention aux titres pour l'obtention desquels l'avoué a fait des avances. Mais la question est plus controversée pour ce qui concerne les titres remis par la partie à l'avoué. A cet égard, le tribunal de Montélimar admet encore le droit de rétention sur les titres remis par les clients pour introduire l'instance, alors, du moins, que les clients ne justifiant point qu'ils aient un besoin immédiat de ces titres, leur réclamation n'a d'autre but que de priver l'avoué de son gage. L'opinion contraire semble toutefois avoir prévalu. (Consulter à ce sujet les arrêts précités et les auteurs sus-indiqués.) Cependant elle a été combattue par M. Deblesson, ancien avoué près le tribunal civil de Lyon, dans une excellente dissertation, insérée au *Journal des Avoués*, t. 75, p. 351 ; ce jurisconsulte fait, au reste, la même distinction que le jugement de Montélimar. Quant à nous, nous admettons d'une part que l'avoué peut retenir les pièces de la procédure, ainsi que les titres pour l'obtention ou la régularisation desquels il a fait des avances, jusqu'au complet paiement de ses frais ou déboursés ; d'autre part, qu'il n'a pas de droit de rétention sur les titres qui lui ont été confiés pour soutenir les droits de son client, lorsque d'ailleurs il n'a fait aucune avance pour leur régularisation. (Voir, en ce sens : MM. Aubry et Rau, 4e éd., t. 3, § 256 *bis*, p. 116, texte et note 9 ; Paris, 25 août 1849, et Rouen, 12 déc. 1851, précités. Comp. Rennes, 15 juin 1860, S. V. 62, 2, 542.) Il est d'ailleurs reconnu que, même en ce qui touche les pièces de procédure, les tribunaux peuvent, au cas où il s'agit d'un jugement frappé d'appel, ordonner la remise des pièces à l'avoué d'appel, à charge par celui-ci de les restituer à son confrère après l'arrêt définitif. (Voy. Agen précité, 23 mai 1851, et M. Deblesson, *loc. cit.*) Enfin il convient de remarquer, ainsi que l'a reconnu un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 1854 (S. V. 54, 1, 528), que la rétention des pièces par l'avoué n'empêche pas la prescription de s'accomplir au profit du client (voy. aussi, sur ce point, M. Chauveau, *loc. cit.*, qui signale cependant, en sens contraire, plusieurs jugements du tribunal de la Seine) ; et de là cette conséquence, qu'après l'expiration du délai de deux ou de cinq ans, l'avoué n'aurait plus de prétexte pour se refuser à la remise même des pièces de procédure, puisque, aux termes de l'art. 2273 du Code civil, « L'action des avoués, pour le paiement de leurs frais et salaires, se prescrit par deux ans, à compter du jugement des procès, ou de la conciliation des parties, ou depuis la révocation desdits avoués », et que, d'après le même article, « A l'égard des affaires non terminées, ils ne peuvent former de demandes pour leurs frais et salaires qui remonteraient à plus de cinq ans. » Mais, comme il s'agit ici de courtes prescriptions, l'avoué

pourrait déférer le serment si on les lui opposait. (Art. 2275 C. civ. — Consulter, sur ce droit de rétention des pièces par l'avoué : art. 1948 C. civ. et 60 C. pr. civ.; Devill. et Gilbert, *Table gén.*, mot AVOUÉ, nos 203 et 204 ; *Tab. décenn.*, 1851-1860, nos 78 et 79; 1861-1870, nos 72 et suiv.; M. Gilbert, *C. pr. annoté*, art. 60, no 31 ; D. Dalloz, *Tab. des 22 années*, mot FRAIS ET DÉPENS, nos 245 et suiv.; E. Dalloz fils et Ch. Vergé, *Tab. des 10 années*, mot AVOUÉ, nos 18 et suiv. Voy. aussi Rouen, 3 mai 1875, S. V. 77, 2, 7 et la note. Cet arrêt n'est pas en harmonie avec la jurisprudence telle qu'elle s'est prononcée, notamment par arrêt précité de la Cour suprême du 10 août 1870. Il a du reste été cassé le 6 fév. 1877, S. V. 77, 1, 168, et *Gaz. Trib.* du 8 fév. 1877, p. 129, col. 2 *in fine*. Cette dernière décision se borne à constater que le juge des référés ne peut ordonner à un avoué, non payé de ses frais et excipant de son droit de rétention, de se dessaisir des pièces qu'il tient de ses anciens clients, pour les remettre, même temporairement, à leur nouveau mandataire ; car c'est là statuer sur le fond du droit litigieux, ce qui entraîne la violation du premier alinéa de l'art. 809 du Code de procédure civile.)

Enfin, s'il va sans difficulté pour nous, qu'un avoué a le droit de retenir les actes de la procédure, afin de faire liquider les frais qui lui sont dus (Nîmes, 30 avril 1850, S. V. 50, 2, 513), du moins la faculté qu'il a de retenir les pièces, n'emporte pas le droit d'en réclamer la restitution au client, lorsqu'il les lui a volontairement remises. (Metz, 27 avril 1869, S. V. 69, 2, 237, D. P. 71, 2, 186.) Cela tient à cette idée, que le droit de rétention s'éteint par le dessaisissement volontaire de la chose sur laquelle il portait. Il ne renaît même pas au cas où cette chose viendrait à rentrer, à titre nouveau, dans les mains de l'ancien détenteur. (Caen, 6 nov. 1860, S. V. 61, 2, 551.) Mais si l'avoué avait été, contre sa volonté, dépossédé par le fait du propriétaire ou d'un tiers, de la chose soumise au droit de rétention, il pourrait en réclamer la restitution par voie de saisie-revendication (comp. art. 826 et suiv. C. pr. civ.,), simple forme de procéder, qui, pouvant être employée pour la conservation et l'exercice d'un droit personnel, tout aussi bien que d'un droit réel, n'implique nullement la nécessité de reconnaître au droit de rétention un caractère d'absolue et complète réalité. (Voy. *infra*). — Que si les pièces ou titres frappés du droit de rétention avaient passé entre les mains d'un tiers possesseur de bonne foi, *puta* d'un autre avoué, la restitution n'en pourrait être demandée, si ce n'est en cas de perte ou de vol, et conformément aux dispositions de l'art. 2279 C. civ.

En Angleterre, le droit de rétention est pareillement reconnu au profit du *solicitor*. C'est ainsi qu'il a été jugé par la Haute-Cour (Div. de Chancellerie. — *Ex parte* Yalden, *in re* Austin.-Law Rep. 4 ch. D. 129) qu'un *solicitor* chargé d'une affaire de faillite par le syndic (*trustee*) a le droit de retenir, pour sûreté du paiement de ses honoraires, les pièces sur lesquelles il a fait un travail ou pour lesquelles il a fait des avances. (Voy. *Journal du droit international privé*, 1877, p. 444.) Mais la Haute-Cour avait précédemment décidé (le 18 nov. 1875, Turner. — W. R., vol. XXIV, p. 54) que le *solicitor* qui a reçu le paiement des frais ne peut plus retenir les pièces de son client, et ne peut refuser de les restituer à la première réquisition, sous prétexte qu'un tiers aurait intérêt à les avoir à sa disposition et en aurait requis la délivrance. — Chez nous, s'il est évident qu'un tiers ne peut s'opposer à la restitution des pièces, la Cour de cassation (Chambre civ. 10 août 1871, D. P. 71, 1. 40) a toutefois reconnu, comme nous l'avons vu, qu'un avoué a le droit de retenir les pièces et les titres à lui confiés par son client pour l'accomplissement de son mandat, jusqu'au paiement de ses avances. (Voy. *Journal du droit international privé*, 1876, p. 35. — Comp. encore, en ce qui concerne le droit de rétention de pièces, exercé par un courtier, sous-agent d'autres courtiers, agents principaux d'un armateur, une décision de la Haute-Cour, div. de l'Echiquier, rapportée dans le même *Journal*, 1877, p. 47 *in initio*, et,

relativement aux huissiers : trib. civ. Rouen, 11 fév. 1870, S. V. 70, 2, 333, et Bordeaux, 14 mai 1879, S. V. 79, 2, 207.)

Que l'on reconnaisse un droit de rétention au profit de l'avoué, dans la doctrine d'après laquelle cette prérogative *sui generis* existe dès là qu'il y a *debitum cum re junctum* (voy. en ce sens : Tarrible, *Rép.*, mot PRIVIL. DE CRÉANCE, sect. IV, § 5, n° 2 ; Toullier, III, 130 ; Duranton, IV, 382 ; Proudhon, *Du domaine privé*, II, 569 ; Battur, *Des privilèges et des hypothèques*, n°s 80 et suiv. ; Rauter, *Revue étrangère*, 1841, VIII, pp. 769 et suiv. ; Troplong, *Des privil. et des hypoth.*, I, n°s 258 et suiv. ; de Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, II, 729 ; Demolombe, IX, n° 682 ; Zachariæ, § 184, texte et note 4 ; M. Glasson, *Du droit de rétention*, Strasbourg, 1862, br. in-8, pp. 58 et suiv.), c'est ce qui ne saurait faire l'objet d'aucun doute. Dans l'opinion même de ceux qui, comme MM. Aubry et Rau (*op. cit.*, 4e éd., t. 3, § 256 *bis*, p. 115, texte et note 5), et M. Bufnoir (à son cours, 1876), enseignent avec raison, pensons-nous, que, pour admettre le droit de rétention en dehors des hypothèses où il est formellement reconnu par la loi —(voy. les art. 570, 867, 1612, 1613, [comp. art. 1707] 1673, 1749, 1948, 2082, 2087 et 2280 C. civ. ; comp. aussi ordonn. du 23 déc. 1672, chap. XVII, art. 13 à 15 inclus [Isambert, *Recueil gén. des anciennes lois françaises*, t. 20, pp. 54 et suiv.], et req. rej. 7 mai 1848, S. V. 48, 1, 555 ; loi des 7 juin-6 août 1791, art. 21 [Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série p. 116] ; art. 306 et 577 C. comm. ; comp. M. Cabrye, *Du droit de rétention*, Paris, 1860, broch. in-8, n° 68, p. 111 ; cet auteur prétend à tort que l'art. 306 C. comm. refuse au capitaine le droit de rétention sur les marchandises embarquées dans son navire, pour garantir le paiement du frêt ; *junge* enfin loi du 8 mai 1841, art. 53, MM. Vuatrin et Batbie, *op. cit.*, p. 1144 ; comp. art. 545, C. civ.), — dans l'opinion, disons-nous, de ceux qui enseignent qu'il ne suffit pas qu'il y ait connexité entre la dette et la chose, mais qu'il faut en outre qu'il y ait connexité entre la créance et l'obligation, « que la détention », comme le disent MM. Aubry et Rau, « se rattache à une convention ou, tout au moins, à un quasi-contrat, et que la dette, connexe à la chose détenue, ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat » (comp. art. 1134, 3e alin., C. civ., et art. 1184), la solution indiquée va de même sans aucune difficulté, et découle, comme conséquence directe et logique, de la doctrine admise. (Voy. MM. Aubry et Rau, *ubi supra*, p. 116. — Une seconde conséquence de ces prémisses est indiquée note 207 *infra*.) Mais il semble qu'elle ne saurait cadrer avec le système, trop absolu suivant nous, qui restreint le droit de rétention aux cas expressément prévus par les textes. (Voir en ce sens : Mourlon, *Examen critique*, n° 231 ; Cabrye, *op. cit.*, n°s 67 et suiv. ; M. Pont, *Comment. — Traité des petits contrats*, t. 2, pp. 714 et suiv., n°s 1298 et suiv.) Cependant ce dernier auteur (voir pp. 717 et suiv., n° 1306) n'hésite pas à l'accepter.

Terminons sur ce point, en observant que nous nous rangeons complètement à l'avis de ceux qui regardent le droit de rétention comme constituant un droit, sinon véritablement réel dans le sens absolument strict et complet de ce terme, en ce qu'il n'engendre pas de droit de suite, du moins opposable à des tiers dans une certaine mesure. (*Sic* MM. Aubry et Rau, *ubi supra*, pp. 119 et 120, texte et note 25.) Certains auteurs ont attribué la qualification de droit réel au droit de rétention, bien qu'il soit généralement reconnu que, dans notre nouvelle législation, il n'engendre aucun droit de suite. (Voy., par exemple, MM. Valette, *Des privil. et hypoth.*, n° 7 ; Cabrye, n° 74 ; Glasson, p. 37 ; Pont, *ubi supra*, n° 1292, et *Comment. des privil. et hypoth.*, t. 1, n°s 21 et 22.) Quoi qu'il en soit de ce point de détail, sans grande importance, puisque la différence de qualification n'empêche pas d'arriver à peu près aux mêmes résultats pratiques, il nous paraît indubitable que le droit de rétention n'est point purement personnel. (*Sic* : MM. Tarrible, *Rép.* de Merlin, mot PRIVIL. DE CRÉANCE, sect. IV, § 5,

4° Les greffiers (205) ;

---

n° 1 ; Demolombe, t. 9, n° 682 ; Mourlon, *op. cit.*, n°s 215, 222 et suiv. ; Cabrye, Glasson, *ubi supra ;* M. Beudant à son cours, avril 1875, et M. Bufnoir au sien, 1876, ont également donné à cette opinion l'appui de leur autorité. Voy. aussi Lyon, 27 août 1849, S. V. 49, 2, 557 et la note. On peut enfin invoquer en ce sens la doctrine de notre ancien droit français. Spécialement Dumoulin disait déjà : *Jus retentionis est reale.* Voy. tit. XI, art. 128 ; notes sur la *Coutume de Paris*, n°s 16 et 17. Voy. toutefois MM. Rauter, *Revue étrangère*, 1841, p. 77 ; Troplong, *Nantissement*, n°s 444 et 585 et suiv., *Privil. et hypoth.*, n°s 255 et suiv. ; Martou, t. 1, n°s 34 et 259 ; Dalloz, *Rép.*, mot RÉTENTION, n° 6.)

Notons qu'il a été jugé que l'avoué a le droit de se couvrir de ce qui lui est légitimement dû pour avances et honoraires, sur les sommes encaissées pour le compte de son client, alors même que ces sommes auraient reçu de celui-ci une affectation différente. (Bordeaux, 18 août 1864, S. V. 65, 2, 46.) Quant à nous, nous pensons que cette décision ne saurait être érigée en principe. (Comp., au surplus, un arrêt de la Cour de Montpellier, du 16 janv. 1856, D. P. 57, 2, 138, qui a décidé qu'un notaire ne peut se payer de ses honoraires, taxés ou non, sur des sommes qui lui ont été confiées avec une destination spéciale de lui connue et par lui acceptée.) — Voy. au point de vue international, sur la légitimité des frais faits par un *solicitor*, une décision intéressante de la Haute-Cour d'Angleterre du 13 nov. 1876, *Journal du droit international privé*, 1877, p. 47, *in fine.*

Remarquons encore, en ce qui concerne les avoués, que leur ministère n'étant pas obligatoire en matière criminelle ou correctionnelle, les frais de leur intervention ne doivent pas être compris dans la liquidation des frais mis à la charge des accusés et des prévenus. (Voy. à ce sujet crim. rej. 15 déc. 1877, *Gaz. Trib.* 12 janv. 1878, p. 38, col. 4 *in fine*, III.)

Enfin, un décret du 25 juin 1878 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 358), abrogeant dans son art. 2 les dispositions de l'art. 3 du décret du 2 juill. 1812 (*iid.*, 1re série, p. 871) en ce qu'elles ont de contraire aux siennes propres, décide art. 1er qu'en cas d'insuffisance du nombre des avocats, les avoués près les tribunaux chefs-lieux de Cours d'assises ou de départements, peuvent être autorisés à plaider par la Cour d'appel. (Comp. *Gaz. Trib.* 4 juill. 1878, p. 639, coll. 1 et suiv., où se trouve le rapport préliminaire à ce décret.)

(205) Trois grandes juridictions administratives, le *Conseil d'Etat*, la *Cour des Comptes* et les *Conseils de Préfecture* sont assistés d'employés qui, pour y jouer à peu près le rôle des greffiers auprès des tribunaux civils, tels par exemple, devant le Conseil d'Etat, le secrétaire général et le secrétaire du contentieux, ne doivent pas être confondus avec eux ; car aucun de ces employés n'est *officier ministériel.* (Voy. M. Aucoc, *op. supra cit.*, t. 1, p. 416, n° 279.) La même observation s'applique aux adjudants-greffiers devant les *Conseils de Guerre.*

En 1876, lors de la discussion du budget, il a été reconnu, par le Ministre de la Justice lui-même, que la situation du greffier en chef de la Cour de cassation était une situation toute particulière, anormale, et qui devait être régularisée. (Voir *supra*, notes 108 et 109, où il est question du rapport de M. Varambon sur le budget.) Une somme de trente mille francs lui est accordée par abonnement. Sur cette somme, il pourvoit à ses appointements, après déduction de ce qu'il juge à propos d'attribuer à ses employés (au nombre de huit) et aux fournitures générales pour le greffe. (Voy. le rapport déjà cité, fait en 1877 par M. Varambon, au nom de la Commission du budget, sur les dépenses du ministère de la justice, *Gaz. Trib.* 4 mai 1877, p. 429, coll. 1 et suiv. Voir aussi *Gaz. Trib.* 31 déc. 1877 - 1er janv. 1878, p. 1, col. 1.) Lors

de la discussion du budget en 1879, l'attention de la Commission a été de nouveau attirée sur la situation du greffier en chef de la Cour de cassation et de ses employés. (Voir *Gaz. Trib.* 26 juin 1879, p. 617, col. 2.)

Une loi du 16 nov. 1875 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 122) a élevé de deux cents francs le traitement des greffiers de justice de paix à partir du 1er janv. 1876 (art. 1er), et un décret présidentiel du 4 mai 1878 (*ibid.*, p. 345) fixe au chiffre de deux mille francs le traitement colonial des greffiers des justices de paix de la Guadeloupe (art. 1er, 1er alin.); et il ajoute (2e alin.) : « Conformément au § 2 de l'art. 1er du décret du 17 janv. 1863, le traitement d'Europe est fixé à la moitié du traitement colonial. » Remarquons sur ce point, qu'en Angleterre, il est accordé au greffier de paix un traitement qui peut s'élever jusqu'à trente mille francs. (De Franqueville, *Institutions de l'Angleterre*, liv. IV, chap. I, p. 443.) « J'ai hésité à prononcer ce chiffre », dit M. l'avocat général Gonod d'Artemare, dans le discours duquel nous avons puisé ce renseignement, « dans la crainte d'éveiller l'envie de nos modestes greffiers de justice de paix en France. Mais ces précieux auxiliaires, je le sais, ont de bien moindres exigences; ils n'ignorent pas que nous ne sommes pas assez riches pour payer leurs services avec une telle munificence, et leur ambition serait assurément satisfaite, si la charge dont ils sont pourvus leur permettait seulement de vivre dans une modeste aisance. » (Discours de rentrée : *De l'institution des Justices de paix*, prononcé le 4 nov. 1878 à la Cour d'Orléans., *Gaz. Trib.* 23 nov., p. 1137, col. 3 et note 9.)

Les greffiers sont aidés dans leurs fonctions par des employés qui portent le nom de commis-greffiers, et qui peuvent même les remplacer, lorsqu'ils sont assermentés. (Voy. un exemple dans un arrêt précité (note 107, p. 62) de Douai, du 17 août 1877, S. V. 78, 2, 229.) — Notons ici, en particulier, que le service des affaires criminelles est fait par les magistrats du Parquet et les commis-greffiers. (Rapport précité, note 5, *Gaz.* du 4 mai, *loc. supra cit.)*

Tandis qu'une réduction de dix mille francs a été proposée dans le rapport de M. Varambon sur le crédit alloué aux commis-greffiers des Cours d'appel, la loi de finances du 29 déc. 1876 ayant augmenté de 7.500 francs le crédit affecté au traitement des commis-greffiers du tribunal de première instance de la Seine, augmentation au maintien de laquelle a d'ailleurs conclu le même rapport, un décret du 20 fév. 1877 (voy. Supp. à la *Gaz. des Trib.* du 23 fév., p. 186, col. 2 *in fine*, et Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 202) a divisé ceux-ci en trois classes étagées par rang d'ancienneté, art. 1 et 2. — Remarquons que les fonctions de commis-greffier du tribunal de première instance sont incompatibles avec les fonctions provisoires de greffier du trib. de commerce. (Décis. min. just., 17 juin 1823; M. Demoly, *op. cit.*, t. 1, n° 1738.)

Dans nos colonies, les fonctions de greffier et de notaire se cumulent parfois, et le fonctionnaire unique qui les remplit porte le titre de greffier-notaire. Il en est ainsi spécialement dans l'Inde française (voy. *Gaz. des Trib.* des 5-6 août 1878, p. 755, col. 2), aux Antilles (décret 31 août 1878, *Gaz. Trib.* 8 sept., p. 865, col. 2) et dans nos établissements de la Côte-d'Or et du Gabon; dans ces derniers, le greffier-notaire est un agent nommé par le commandant. (Voy. décret du 1er juin 1878, art. 2, 4e alin., Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 352.)

Enfin la proposition de la loi relative à la procédure des conflits, déposée récemment sur le bureau de la Chambre des députés par M. Roger-Marvaise, et à laquelle il a déjà été fait allusion ci-dessus, donne aux greffiers du tribunal civil et de la Cour d'appel de nouvelles attributions. (Voir art. 2, 3, 4 et 7, *Gaz. Trib.* 30 mars 1879, p. 315, col. 2, où l'on trouvera aussi le rapport de M. Aucoc sur l'avis du tribunal des conflits touchant ce projet et qui conclut à son rejet. Joindre *Gaz.* du 2 avril suivant, pp. 323 et suiv.)

5° Les huissiers (206) ;

---

(206) Par assimilation, on peut aussi ranger dans la catégorie des *officiers ministériels*, en se plaçant à un autre point de vue que le nôtre, les porteurs des contraintes décernées par l'administration des contributions directes, sorte d'huissiers administratifs. (Voy. Dalloz, *Rép.*, mot FONCTIONN. PUB., n° 54.) Cependant nous avons vu *supra* (note 112, xv, *e*, p. 90) qu'une décision du ministre de la justice avait déclaré les deux fonctions incompatibles ; mais la jurisprudence adopte ce point de vue, ainsi que le prouvent les deux conséquences que nous lui en avons vu tirer. (Voy. notes 95 et 121 *β*, pp. 54 et 105.) — Rappelons aussi que, jusque dans ces derniers temps, il existait, à côté des huissiers, des gardes du commerce, chargés spécialement de l'exécution de la contrainte par corps. Leur origine, due à l'erreur fatale d'un huissier, erreur qui entraîna mort d'homme, remonte à Louis XV. Ils furent supprimés par la loi du 22 juill. 1867.

Il convient de mentionner, au sujet des huissiers, une proposition de loi déposée au Sénat par M. Mazeau, relative au tarif, à l'organisation et aux attributions de ces officiers publics. (Voy. *Gaz. Trib.* 3 janv. 1877, p. 7, col. 3.) Cette proposition n'a pas encore abouti ; et c'est bien à tort, comme on pourra aisément s'en convaincre, en lisant l'exposé des motifs qui la précède. Disons cependant qu'un décret du 24 nov. 1871 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 7e série, p. 122 *in initio)* porte augmentation du tarif des greffiers (art. 1, 2, 3 et 5) et des huissiers (art. 4.)

Nous ne devons pas omettre de mentionner aussi que la communauté des huissiers au tribunal de la Seine, a demandé une modification grave à l'institution qui régit leurs corporations. Nous voulons parler de la création de commis assermentés, destinés à suppléer les huissiers en titre pour la signification de certains actes. Cette demande a pour but de régulariser une situation illégale et fort compromettante pour la fortune et l'honneur des citoyens, situation résultant de l'inobservation forcée à Paris et dans quelques grandes villes, Lyon, Marseille et autres, de l'art. 45 du décret du 14 juin 1813, qui oblige tout huissier, sous peine de suspension et d'amende, à remettre *lui-même*, à personne ou domicile, l'exploit et les copies de pièces qu'il a été chargé de signifier. Notons à ce sujet un arrêt de cassation de la Chambre criminelle, du 30 janv. 1879 (*Gaz.* du 31, p. 102, col. 4 *in fine*, et *Gaz.* du 13 fév., p. 144, col. 3 ; S. V. 79, 1, 95), qui vient de décider avec raison et conformément à un arrêt de Nîmes du 13 avril 1877 (S. V. 77, 2, 138 ; P. 1877, 593 et la note), que le fait par un huissier de s'abstenir de remettre à qui de droit la copie de ses exploits, constitue une contravention à l'art. 45 de ce décret, aussi bien que s'il l'a confiée à un tiers pour la remettre, au lieu de la remettre lui-même à personne ou domicile. — Comme corollaire de la proposition précédente, les huissiers au tribunal de la Seine ont, en outre, demandé le rétablissement, avec quelques modifications, des art. 92 à 97 et 102 à 109 du décret du 14 juin 1813, relatifs à la bourse commune, et abrogés par l'ordonnance du 26 juin 1822. (Voir ce décret et cette ordonnance dans Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 882 et 1076.)

En ce qui concerne la proposition relative à la création de commis assermentés, elle nous semble avoir le double tort capital, d'une part, de ne pas être en parfaite harmonie avec la tendance très-générale, depuis plus d'un demi-siècle, de poursuivre partout en France la diminution du nombre des offices d'huissiers, et, d'autre part, de n'être destinée à profiter qu'à l'infime minorité de ces officiers ministériels. D'ailleurs, si le mal signalé par la corporation de la Seine existe réellement dans quelques grands centres industriels, manufacturiers ou commerçants, le Gouvernement a un moyen bien simple de le pallier, en usant de la liberté complète qu'il a conservée à cet égard, de créer de nouveaux offices, partout où cela serait nécessaire. Mais, à raison de ce qui vient d'être dit, il est peu probable qu'il adopte ce

procédé. A tout le moins faudrait-il à nos yeux, si la proposition passait un jour à l'état de loi, imposer un cautionnement à ces commis assermentés, tant pour la garantie du public, que pour l'efficacité du recours du patron, toujours responsable, envers les intéressés, des faits et gestes de ses employés. — Si l'institution de commis assermentés attachés à un office déterminé ne nous semble pas désirable, *a fortiori* combattrons-nous la création de bureaux communs où seraient centralisés des commis assermentés pour répartir la délivrance des copies et assurer la régularisation des protêts. Outre que ces bureaux ne seraient possibles que dans les grandes villes, et tendraient à détruire la responsabilité des huissiers, avec leur personnalité même, ils permettraient de concentrer dans les mains, soit d'un seul clerc assermenté, soit d'un huissier unique dirigeant un bureau commun, le travail de plusieurs études, ce qui est absoluement prohibé, comme nous le verrons, et à très-bon droit, par les lois actuelles sanctionnées et renforcées par de nombreuses décisions judiciaires. De plus, le secret de la profession ne serait plus qu'un vain mot, par suite de la publicité inévitable qui résulterait de ce cumul, de cette sorte de promiscuité; de là de graves dangers pour les intérêts des justiciables. « Enfin », comme on l'a fort bien fait observer, « ces bureaux seraient souvent des officines intarissables d'affaires et de litiges véreux, sans contrôle sérieux, sans responsabilité certaine. » (Voir la citation, *infra*.)

En ce qui touche la proposition tendant à rétablir les dispositions du décret de 1813, dont l'économie était de faire de la communauté des huissiers dans l'arrondissement une association, en fixant la partie à mettre en bourse commune à la moitié des émoluments de tous actes, copies de pièces, procès-verbaux, visas et droits de transport, attribués à l'huissier, elle nous paraît également inacceptable. D'abord, elle est loin d'être juste, puisque, d'un côté, il sera toujours impossible d'établir, en fait, l'égalité des mérites et des charges entre tous les membres d'une même corporation, ainsi que l'égalité de valeur des différents offices, qui, sous peine d'iniquité, devrait être la même au chef-lieu d'arrondissement, et la même dans les cantons suburbains ou ruraux, et que, de l'autre, il serait très-onéreux pour l'huissier de lui imposer le versement à la bourse commune, non-seulement de la moitié de ses honoraires, qu'il touche toujours tardivement, et perd même quelquefois, aussi bien que les droits du Trésor dont il est tenu de faire l'avance (timbres, enregistrement, droits de copies), mais encore de la moitié de l'indemnité qui lui est allouée pour les transports, et qui n'est que la représentation, toujours insuffisante, surtout pour les huissiers de campagne, d'un déboursé effectué. En second lieu, adopter le rétablissement proposé serait voter une prime à la paresse, puisque, sous l'empire du décret de 1813, on a vu des huissiers refuser d'accomplir le travail qu'on leur offrait, et ne chercher leurs moyens d'existence que dans le produit des sacrifices et des épargnes de leurs collègues plus laborieux; ce serait de plus ressusciter dans l'esprit de l'huissier besoigneux ou peu scrupuleux, l'idée de certaines fraudes devenues très-rares aujourd'hui, mais qui étaient fréquentes autrefois, telles que le défaut de certification des actes, dans le but d'éviter des versements à la bourse commune, et le défaut d'enregistrement des actes, en les supprimant avec leurs copies et en ne les portant pas sur le répertoire, pour s'approprier l'intégralité des droits de dresse et de copie de pièces; de là un double préjudice, pour le fisc d'abord, et pour la communauté des huissiers elle-même, dont les charges ne se trouveraient plus proportionnellement réparties. Au reste, il suffit d'invoquer l'expérience, à laquelle n'a pu résister le décret de 1813 qui n'a vécu que neuf ans, tandis que l'ordonnance de 1822, dont nous demandons le maintien, est aujourd'hui vieille de plus de cinquante-sept années et s'est exécutée, on peut le dire, à la complète satisfaction de tous les intérêts. Cette ordonnance, qui a inauguré un système inspiré par une idée d'équité, méconnue par le décret de 1813, se borne à prélever, en principe, du vingtième au dixième du produit de tous les actes dressés dans un arrondissement.

Cette quotité se trouve être plus ou moins élevée, suivant les besoins ordinaires ou extraordinaires de la communauté et chaque huissier y contribue proportionnellement aux actes qu'il dresse. C'est là une combinaison des plus sûres et des plus justes, puisque, d'une part, elle est fixe, quant au taux des versements à opérer par chacun des membres de la communauté, et que, d'autre part, elle est proportionnelle au travail accompli par chacun d'eux. Le retour au décret de 1813, a fort bien dit M. Desazars (*loc. infra cit.*), « aurait pour résultat d'imposer l'égalité dans la valeur vénale des offices, sans tenir compte du prix déjà mis à ces offices ou de l'importance que leur ont donnée ceux qui les ont élevés par leur travail et par leur mérite. Ce serait l'expropriation, en tout ou en partie, des émoluments dont l'importance a été prévue et payée, sans l'indemnité à laquelle a droit tout exproprié. » (Voy. l'étude critique des diverses propositions que nous venons d'examiner sommairement, publiée par M. le baron Desazars, procureur de la République à Albi, dans la *Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1877, t. 1, pp. 382 et suiv.) — Quant à nous, nous pensons que le rétablissement d'une bourse commune, ne s'appliquât-elle qu'à la moitié des produits, ne pourrait avoir lieu qu'en tenant compte, au début de ce rétablissement, et par un paiement en espèces, de la différence des produits des différents offices, de façon à ne pas élever sans indemnité les moins productifs au niveau de ceux qui le sont davantage, et à ne pas abaisser ces derniers au niveau des autres sans compensation. — Nous connaissons un arrondissement dans lequel les commissaires-priseurs ont mis en commun tous leurs produits, pour les diviser par égale portion entre eux. Mais ils ont préalablement indemnisé, par le versement d'un capital, le titulaire de l'office le plus important, et ce capital a été versé par les autres titulaires dans la proportion de la valeur de leurs charges. Ils se sont volontairement soumis à ce résultat prévu et annoncé par M. Desazars, celui d'imposer l'égalité dans la valeur vénale de leurs offices. Il y a de cela de longues années déjà ; des cessions d'office se sont opérées depuis, sans qu'aucun inconvénient, que nous sachions, se soit produit.

M. Courtépée, greffier à la Cour de cassation, a, dans une étude insérée dans la même *Revue générale* (1878, t. 2, n° de juill.-août, pp. 380 et suiv.: « *Des modifications à apporter dans l'exploitation des charges d'huissier* »), tenté de répondre aux objections de M. Desazars. Mais nous ne pensons pas que le succès doive couronner son système dans son entier, et nous lui laisserons à lui-même le soin de présenter en quelques mots le résumé de sa doctrine, touchant du moins la création de commis assermentés : « Tenons... pour certain que l'on peut confier aux employés de la poste la remise des copies que les clercs des huissiers opèrent actuellement. *De cette manière les copies aujourd'hui remises par des gens sans qualité seront portées et déposées par des agents ayant compétence, et la loi se trouvera d'accord avec la pratique.* » (p. 383.) — Un législateur qui trouverait le moyen de renverser cette dernière proposition, et de mettre la pratique d'accord avec la loi, nous semblerait, soit dit en passant, plus voisin du vrai progrès que celui qui chercherait à soumettre la loi à la pratique.

Enfin les propositions réglementaires formulées par la communauté des huissiers au tribunal de la Seine, propositions rapportées tout au long dans le travail de M. Desazars, présentent cette étrange particularité, qu'elles laissent aux diverses corporations des huissiers la liberté d'opter pour la législation actuelle, telle qu'elle résulte de l'ordonnance de 1822, ou pour celle que propose d'introduire la corporation de la Seine. Nous ne saurions trop combattre cette partie du projet, dont l'admission aurait pour résultat d'établir désormais en France deux législations différentes et de permettre d'adopter le lendemain celle qu'on aurait reniée la veille.

On doit cependant savoir gré à la corporation des huissiers de la Seine d'éprouver

6° Les agents de change (207) ;

---

du malaise de ses continuelles infractions à la loi de son institution ; et plus nous nous verrons obligé de reconnaître qu'à Paris surtout, l'exécution stricte de cette loi présente des difficultés inouïes et parfois insurmontables, plus nous l'encouragerons à poursuivre la voie qu'elle vient de prendre, et à persévérer dans les efforts qu'elle tente près du législateur pour réconcilier sa pratique avec la loi. — Son projet actuel, tel qu'elle le formule, ne nous semble pas admissible ; mais aidé des observations critiques de M. Desazars et des innovations proposées par M. Courtépée, il ne nous paraît pas douteux qu'on puisse arriver à une solution aussi pratique qu'elle est désirable. Empruntant, en la modifiant, une des idées de M. Courtépée, nous voudrions qu'un service spécial de l'administration des postes fût législativement chargé de remettre les copies à domicile sous pli cacheté et recommandé et frappé d'une taxe spéciale.

Nous noterons encore que, par arrêt du 25 mars 1878 (*Gaz. Trib.* du 17 juill., p. 683, col. 1 ; S. V. 78, 2, 229 et note 2), la Cour de Nîmes a jugé que l'art. 2 de l'ordonnance du 26 juin 1822, sur la bourse commune des huissiers, n'a pas abrogé l'art. 95 du décret du 14 juin 1813, portant règlement sur l'organisation et le service des huissiers, et qu'en conséquence doivent être partagés par portions égales entre les seuls huissiers audienciers, mais entre eux tous et sans distinguer entre les significations faites à l'ordinaire et celles qui sont faites à l'extraordinaire et à heure datée, cette distinction ne reposant sur aucun texte de loi, les émoluments des significations d'avoué à avoué, conformément aux dispositions des art. 98 du décret du 30 mars 1808 portant règlement sur la police et la discipline des Cours et Tribunaux, et 95 du décret de 1813 (voy. en ce sens MM. Deffaux et Harel, *Encyclop. des huissiers*, mots BOURSE COMMUNE, n° 31, et HUISSIER AUDIENCIER, n° 19 ; Dutruc, *Formulaire annoté des huissiers*, t. 2, p. 1003, note 6) ; et enfin que les huissiers titulaires près les tribunaux mixtes d'Egypte sont soumis à la juridiction desdits tribunaux, à raison des crimes ou délits par eux commis dans l'exercice de leurs fonctions, ou par suite d'un abus de ces fonctions ; mais qu'il n'en est pas de même des huissiers expéditionnaires, qui, lorsqu'ils sont français, restent soumis à la juridiction ordinaire du tribunal consulaire de France à Alexandrie. (Voy., à ce sujet, loi du 17 déc. 1875 ; règl. d'organ. judic., art. 9, 10 et 25 ; Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, pp. 138 et suiv. ; et crim. rej. 20 sept. 1877, S. V. 78, 1, 284.)

Pour les huissiers au Conseil d'Etat, voy. décret 22 juill. 1806, art. 51. (MM. Vuatrin et Batbie, *op. cit.*, p. 20.) D'après cet article, les huissiers au Conseil sont chargés de faire les significations d'avocat à avocat, et celles aux parties ayant leur demeure à Paris. — On sait aussi que les huissiers à la Cour de cassation, au nombre de huit, exercent également un monopole.

Dans certaines de nos colonies, et par exemple dans nos établissements de la Côte d'Or et du Gabon, les fonctions d'huissier sont remplies par un agent de la force publique désigné par le commandant. (Voy. le décret du 1er juin 1878, art. 2, alin. 5, cité à la fin de la note précédente.) — On trouvera enfin dans le *Journal officiel* du 14 déc. 1879 une décision indiquant comment, en Algérie, les fonctions des huissiers pourraient être remplies à défaut de titulaires ou de remplaçants provisoires.

(207) L'origine des agents de change est, en France, fort ancienne. On les trouve, sous Philippe-le-Bel, établis au Pont-au-Change, faisant toutes les opérations de change et les négociations de valeurs commerciales. Leurs fonctions prirent de l'extension lorsque l'Etat ou de grandes compagnies firent appel au crédit public. Un arrêté ou arrêt de règlement, en date du 24 sept. 1724, qui a encore beaucoup d'importance, vise la négociation d'autres effets, à côté des opérations qui viennent d'être

indiquées. Cet arrêt constitua la Bourse de Paris, quatrième en date. (La plus ancienne est celle de Lyon, antérieure à 1549. Apparurent ensuite celle de Toulouse, 1549, et celle de Rouen, 1556.) Il la désignait comme l'unique lieu affecté à la négociation des effets publics ou de commerce et instituait la Compagnie des agents de change avec un privilège exclusif pour la négociation de ces effets. (Voy., à ce sujet, le discours de rentrée « *Le jeu et le pari à la Bourse et la législation actuelle* », prononcé à la Cour d'Amiens, le 3 nov. 1877, par M. l'avocat général Detourbet, *Gaz. Trib.* 8 nov., p. 1075, coll. 1 et suiv.) Nous voyons, par un arrêt de 1781, les agents de change négocier les effets royaux qui ont déjà pris, à cette époque, le pas sur les autres valeurs. Supprimés en 1791, par suite d'une réaction trop violente contre l'agiotage, ces officiers publics furent rétablis, moyennant des précautions trés-sévères prises contre ce fléau, par le 18 vendémiaire de l'an IV. L'art. 76 du C. de comm. consacre leur monopole pour les opérations qu'il énumère. Ce monopole consiste en ce qu'il faut, de toute nécessité, s'adresser à eux toutes les fois qu'un marché doit se faire par un intermédiaire. Il vient d'être à nouveau formellement reconnu dans ces derniers temps ; car d'après l'art. 3 de la loi récente, promulguée dans le *Journal Officiel* du 28 février 1880, relative aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou interdits, et à la conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur : « L'aliénation (des meubles incorporels) sera opérée par le ministère *d'un agent de change*, toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse, au cours moyen du jour. » (Voy. le texte entier de cette loi dans la *Gaz. des Trib.* du 21 fév., p. 173, col. 1. Voy. aussi dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, ann. 1878, une étude de M. J. Bregeault sur le projet de cette loi.) — Il est, d'ailleurs, entendu que deux parties capables qui se trouvent d'accord sur l'achat et la vente de certains titres pourraient à elles seules conclure et consommer le marché. (Voy. arrêté du 27 prairial an X, art. 4, 2e alin. Joindre rej. 28 août 1857, D. P. 57, 1, 415 ; Paris, 24 mai 1860, D. P. 60, 5, 12.) Toutefois les art. 15 et 16 de l'arrêté de l'an X mettraient obstacle à ce qu'elles pussent, sans le concours d'un agent de change, qui seul peut certifier l'identité des parties, opérer le transfert de rentes nominatives sur l'Etat. — La sanction du monopole dont s'agit est double : elle consiste dans des dommages-intérêts, d'une part, et, de l'autre, en une amende dont le maximum est de un sixième du cautionnement. (Voy. loi du 28 ventôse an IX, art. 8, Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 559.) Et nous pensons à ce propos que le cautionnement fixé par le 3e alinéa de l'art. 9 de cette loi à 60.000 fr. ayant été porté depuis à 250.000 fr. (art. 90, 1°, C. comm., modifié par la loi du 2 juill. 1862), le maximum de l'amende est augmenté en proportion. (Voir en ce sens M. Boistel, *op. cit.*, 1re éd, p. 431, § 4, et crim. rej. 19 janv. 1860, D. P. 60, 1, 40.)

Sans parler des coulissiers, des banquiers, des trésoriers-payeurs généraux, les agents de change ont encore à défendre leur monopole contre les notaires. Si ceux-ci peuvent bien, sans doute, faire les ventes publiques aux enchères d'effets publics appartenant aux incapables, attendu que l'art. 76 du C. de comm. ne parle que des négociations, ce qui suppose des ventes amiables (voy. en ce sens un arrêt de la Cour suprême du 7 déc. 1853, D. P. 54, 1, 128, cassant un arrêt de Paris du 2 août 1851), et s'ils peuvent négocier les valeurs ignorées, non susceptibles d'être cotées (Rouen, 27 fév. 1857, D. P. 57, 2, 128), ils ne peuvent pas du moins se charger de la négociation des titres susceptibles d'être cotés à la Bourse, bien que ne l'étant pas encore. (Voy. Paris, 30 mai, 11 juill. et 2 août 1851, D. P. 52, 2, 92, 93 et 94.) — Si, par son art. 76, le Code de comm. reconnait le privilège des agents de change, et si son art. 90, modifié par la loi de 1862 précitée, décide qu' « il sera pourvu par des règlements d'administration publique à ce qui est relatif..... 2° à la négociation et à la transmission de la propriété des effets publics.... », il est à regretter que cette promesse, déjà contenue

7° Les courtiers (208) ;

---

dans l'ancien art. 90, soit restée jusqu'ici sans exécution et que la Bourse attende encore le règlement annoncé par le législateur de 1807. C'est ce que constate le rapport sommaire de la quatrième commission d'initiative parlementaire, rédigé par M. Andrieux, et relatif à une proposition de loi qu'il avait présentée en 1877 et qu'il a reprise le 21 fév. 1878. Ce projet tend à la reconnaissance légale des marchés à terme et à l'abrogation des art. 421 et 422 du Code pénal. On en trouvera le texte dans la *Gaz. des Trib.* du 6 déc. 1878, p. 1183, coll. 1 et suiv., ainsi que le projet de loi en deux articles, déposé par son auteur à la séance du 20 nov. 1878. La Chambre syndicale des courtiers assermentés au tribunal de commerce de la Seine a adressé une pétition « qui a pour but d'appuyer la proposition de loi et d'en demander l'extension aux affaires conclues par l'intermédiaire des courtiers », porte le rapport, *in fine*.

L'agent de change ou le banquier qui a acheté des titres pour son client est autorisé à les retenir jusqu'au paiement de ce qui lui est dû pour cet achat. (Voy., quant au droit de rétention dont jouit l'agent de change, sur les valeurs remises à titre de couverture : Paris, 28 fév. 1857, S. V. 57, 2, 387 ; Rennes, 14 août 1859, S. V. 60, 2, 36. Comp., au surplus, notre note 204 *supra*. Voy. aussi la note 208 relativement à un décret du 8 mai 1877.)

Terminons en faisant observer qu'on ne saurait trop se prémunir en pratique contre la confusion, dont les dupes prouvent malheureusement la trop grande fréquence, entre les offices d'agents de change et ce que l'on appelle improprement les offices des changeurs, qui forment tout un peuple ayant boutique ouverte dans tous les quartiers de Paris. Qu'on ne s'y méprenne pas : les premiers seuls sont des *officiers ministériels*, c'est-à-dire des *officiers publics assermentés et cautionnés;* des autres, et à part d'honorables exceptions que nous sommes heureux de reconnaître avec empressement, nous ne voulons dire que ceci : Ils n'offrent ni surface ni garantie. (Voy. une application pratique du danger que nous signalons, dans la *Gaz. des Trib.* des 8-9 avril 1878, p. 342, col. 3. Joindre Paris, 27 mars 1879, *Gaz. Trib.* 19 avril, p. 383. col. 1, et trib. correct. Paris, 28 mai 1879, *Gaz. Trib.* du 29, p. 518, col. 3.) — Sur les agents de change en général, nous renverrons pour le détail à l'ouvrage de M. Laumont-Peyronnet, *Etude sur les agents de change et les jeux de Bourse*, 1877, in-8, et au *Manuel pratique des tribunaux de commerce* par MM. Camberlin, R. Rousseau et P. Camberlin, 3e partie ; enfin à l'*Encyclopédie du notariat et de l'Enregistrement*, mot AGENT DE CHANGE.

(208) Le nom de courtiers vient, dit-on, de couratiers, parce qu'ils circulent avec une grande activité, et vont de l'un à l'autre pour faire conclure des marchés.

Nous avons vu plus haut que la question s'était élevée de savoir si les courtiers maritimes étaient des *officiers ministériels*, dans une espèce où ils revendiquaient, pour le règlement de leurs frais, le bénéfice de la compétence spéciale établie par l'art. 60 du Code de procédure, et qu'il a été rendu une décision favorable à cette prétention. (Rennes, 15 mars 1864, D. P. 64, 5, 196, n° 4.) — Mis à part toujours les courtiers de marchandises, les courtiers ont un monopole (loi du 28 ventôse an IX, art. 7 ; arrêté du 27 prairial an X, art. 4-7; Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 559 et 604), dont la sanction se trouve dans des peines correctionnelles et dans la nullité des opérations faites (arrêté an X, art. 7), et qui consiste en ce que, si l'on veut se servir de l'*entremise* d'un agent pour trouver un acheteur, un vendeur, un assureur, un chargeur, etc., on doit s'adresser à eux. Mais son existence ne met nul obstacle à ce qu'on puisse traiter directement sans eux, ou même par un intermédiaire d'un autre genre, à la condition qu'il contracte lui-même, au lieu de se borner

à s'entremettre, comme un représentant de commerce, un commissionnaire, etc.

Relativement à l'obligation d'employer le ministère des courtiers maritimes, il s'est élevé, dans ces derniers temps, une question dont l'intérêt juridique ne le cède en rien à l'importance pratique, et sur laquelle la jurisprudence a statué d'une manière jusqu'à présent à peu près unanime par plusieurs arrêts dont voici la dernière expression. D'après leur doctrine, le capitaine ou le consignataire unique de la cargaison qui a dû recourir à un courtier, pour la traduction officielle de l'acte de nationalité du navire ou du manifeste, n'est pas obligé d'employer le ministère du courtier traducteur, pour la conduite en douane : le capitaine ou le consignataire peut faire par lui-même ses affaires en douane, à la seule condition de savoir la langue française. (Voy. deux arrêts de Bordeaux des 10 mars 1874 et 2 déc. 1875, S. V. 75, 2, 99 et 77, 2, 19; les deux arrêts de rejet de la Cour de cass. des 21 janv. 1875 et 14 août 1877, S. V. 75, 1, 284 et 78, 1, 100; enfin deux arrêts récents de la Cour de Rouen, des 19 fév. 1877 et 9 avril 1878, S. V. 78, 2, 142; voy. aussi l'analyse des deux arrêts de Rouen et les renvois dans le *Journal du droit international privé*, 1878, pp. 266 et suiv., et pp. 496 et suiv., mot COURTIER MARITIME.) De ces six décisions, quatre (celles de Bordeaux de mars 1874, de la Cour de cass. de janv. 1875 et les deux de Rouen) ont en outre décidé que, quand le consignataire unique prend la direction de l'affaire, il suffit que lui seul connaisse notre idiome et que peu importe que le capitaine l'ignore. L'arrêt de Rouen du 9 avril 1878 a été l'objet d'un pourvoi à la Cour suprême. La chambre des requêtes a admis ce pourvoi le 31 déc. 1878 (*Gaz.* des 2-3 janv. 1879, p. 5, col. 2 *in initio*) en résolvant dans le sens de la négative la question soumise à la Cour de Rouen. (Comp. aussi requête, *Bulletin* du 22 janv. 1879, *Gaz. Trib.* du 30, p. 97, col. 3, et *Bulletin* du 18 juin 1879, *Gaz.* du 19, p. 591, col. 1. Notons enfin deux arrêts de la Chambre civile, *Bulletin* du 24 fév. 1880, *Gaz. Trib.* du 27, p. 194, col. 1 *in fine*, l'un rejetant les pourvois formés contre deux arrêts de Rouen du 9 avril 1878 précité et du 9 avril 1879, l'autre cassant un jugement du Trib. de comm. de cette ville du 24 sept. 1878, et qui résument la doctrine admise par la jurisprudence générale. Voy., sur la question, ordonnance du 14 nov. 1835, art. 2 et 4, et Code de comm., art. 80.)

Les courtiers sont *officiers publics*, sauf, ainsi que nous avons eu occasion de le constater déjà, les courtiers de marchandises, depuis la loi du 18 juill. 1866, : 1° pour la constatation des contrats dans lesquels ils s'entremettent ; 2° pour la constatation des cours.

Il y a différentes espèces de courtiers énumérées dans l'art. 77 du Code de comm. Les diverses fonctions dont il y est question, et qui, aux termes de l'art. 81, peuvent être réunies, sauf deux exceptions, dont l'une demeurée inexpliquée est relative aux courtiers de transport, art. 82, lesquels d'ailleurs n'existent pas en fait et sont remplacés par les commissionnaires, et l'autre au courtage de marchandises devenu depuis 1866 un commerce ordinaire et tombant par suite sous la prohibition de l'art. 85 du Code de commerce, ces diverses fonctions, disons-nous, sont souvent séparées et même subdivisées sur les grandes places par des spécialisations volontaires. Un décret du 15 déc. 1813 a organisé une de ces spécialisations dans le courtage de marchandises : c'est celle des courtiers gourmets piqueurs de vins. (Voy. sur les courtiers, M. Boistel, *op. cit.*, 1re éd., pp. 383 et suiv.) — Comp. sur l'exercice de la profession de courtier maritime en Algérie, un décret du 17 janv. 1876 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 119), et sur la fixation des droits de courtage à percevoir par les courtiers interprètes conducteurs de navires, les courtiers d'assurances et les agents de change de Rouen, un autre décret du 8 mai 1877. (Devill. et Car., *eod.*, p. 243.) Voy. aussi un décret du 20 juill. 1874 (*iid.*, 7e série, p. 585), qui fixe le droit de commission à percevoir par les courtiers d'assurances maritimes à Nantes, à

8° Les commissaires-priseurs (209).

Ajoutons que les officiers ministériels d'un même ressort, les greffiers toutefois mis à part, forment des corporations ayant à leur tête des chambres syndicales (210).

---

7 1/2 0/0 du montant de la prime d'assurance, et qui déclare ce droit payable exclusivement par les assureurs, art. 1. Joindre un décret du 22 mai 1872, qui a fixé les rétributions dues aux courtiers opérant sur la place de Bordeaux: consulter, sur la nature de ce décret, un arrêt de rejet de la Chambre civile du 14 août 1877, *Gaz. Trib.* du 15, p. 791, col. 2. Cet arrêt ne lui attribue pas le caractère d'acte administratif, mais celui de règlement d'administration publique, dont l'interprétation et l'application sont, dès lors, possibles de la part des tribunaux.

A l'appui de l'idée émise, que l'on est parfois libre de se passer du ministère des courtiers, notons un arrêt de cassation du 14 août 1877 (*Gaz. Trib.*, *eod.*), cassant un arrêt de Bordeaux du 10 déc. 1874, et décidant que le droit d'un franc, dû par le chargeur à raison de chaque tonneau de marchandise embarqué sur un navire (et qui appartient à la Chambre des courtiers), est exigible seulement de ceux des chargeurs qui requièrent l'intervention d'un courtier, et qu'il n'importe que l'armateur se soit, pour ce qui le concerne, servi de l'entremise d'un de ces officiers, veillant à l'exécution des contrats d'affrètement.

Voy. en ce qui concerne les courtiers : le *Dict. de dr. comm., indust. et marit.* de MM. Gouget et Merger, complété et refondu par M. R. de Couder, t. 3, à ce mot ; le *Manuel pratique* cité à la note précédente, *in fine*, *eod.*, et, en ce qui concerne les courtiers de marchandises : Bivort G. et Turlin G., *Etude sur le courtage des marchandises.*

(209) Un décret du 16 sept. 1876 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 189) porte réorganisation du service des commissaires-priseurs des Antilles.

Consulter sur cette nomenclature des huit classes de personnes que la pratique considère comme *officiers ministériels* : Dalloz, *Rép.*, mot OFF. PUB.-OFF. MINIST., n° 4 et les renvois.

(210) C'est l'arrêté du 13 frimaire an IX qui a institué les chambres d'avoués. Il faut joindre à ce texte, en ce qui les concerne, notamment le décret du 17 juill. 1806 et l'ordonnance du 12 août 1832. (MM. Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 551 et 726 : 2e série, p. 138 ; S. V. 32, 2, 418.) Voir, en ce qui touche les huissiers et les notaires, les ordonn. des 6 oct. 1832 et 4 janv. 1843. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 2e série, pp. 142 et 739 ; S. V. 32, 2, 525.)

Durant longtemps, les courtiers ont eu des chambres syndicales dont la constitution était fondée sur des analogies et sur des traditions, beaucoup plutôt que sur des dispositions expresses. (Voy. M. Mollot, *Bourses de commerce*, 2e partie, p. 887.) La loi du 18 juill. 1866 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 6e série, ann. 1866, p. 86) a institué et organisé, dans son art. 3, les chambres syndicales des courtiers de marchandises. D'un autre côté, le décret du 5 janv. 1867 (*iid.*, *op. cit.*, ann. 1867, p. 129) a réuni dans chaque place les courtiers d'assurances, les courtiers interprètes et conducteurs de navires, sous la juridiction d'une chambre syndicale (art. 1er). L'art. 2 de ce décret fixe le nombre des membres composant la chambre et il se termine par ces mots : « Si le nombre des titulaires est inférieur à six, le tribunal de commerce remplit les fonctions de chambre syndicale. » (Voy., sur ce point, MM. Morin, *Discipline judic.*, t. 1, nos 450 et suiv., et Godet, *Des courtiers interprètes et conducteurs de navires*, pp. 110 et suiv.) — Par arrêt du 28 juin 1877, S. V. 78, 2, 13 et la note 1, la Cour de

Ces chambres syndicales, qui ne peuvent faire des règlements

Douai a admis que la décision d'un tribunal de commerce, statuant disciplinairement dans la Chambre du Conseil, comme chambre syndicale des courtiers maritimes, ne peut être attaquée par la voie de l'appel, même pour incompétence ou excès de pouvoir, et que la décision ne pourrait être, en ce cas, que l'objet d'un recours en cassation. C'est qu'en effet, en matière disciplinaire, l'appel n'existe qu'à titre d'exception, et jamais en cas de décisions rendues par le tribunal en Chambre du Conseil. (Voy. M. Morin, t. 2, n° 783 *in fine*.) L'art. 3 de la loi du 18 juill. 1866 ne fait nul obstacle à cette solution, et l'art. 6 de cette même loi nous semble fournir un puissant argument en faveur de son admission. — En ce qui concerne maintenant les voies de recours contre les décisions disciplinaires, voy. Devill. et Gilbert, *Table génér.*, mot DISCIPLINE, n°s 94 et suiv., 115 et suiv.; *Table décenn.*, 1851-1860, même mot, n°s 30 et suiv.; 1861-1870, même mot, n°s 11 et suiv.; *Rép. gén. Pal.* et *Suppl.*, même mot, n°s 307 et suiv., 320 et suiv., 335 et suiv.; civ. rej. 18 nov. 1873, S. V. 74, 1, 421 et la note, et surtout le remarquable rapport de M. le conseiller Greffier qui précède l'arrêt; civ. cass. 21 mai 1878, *Gaz. Trib.* du 24 mai, p. 501, col. 2, où la Cour décide que le pourvoi en cassation, dirigé contre un arrêt ayant statué en matière disciplinaire, est recevable en tant qu'il est fondé sur un excès de pouvoir. Joindre D. Dalloz, *Table des 22 années*, même mot, n°s 38 et suiv., 172 et suiv., E. Dalloz et Ch. Vergé, *Tab. des 10 années*, même mot, n°s 18 et suiv., 69 et suiv. Voy. aussi sur les formes du jugement, les voies de recours, etc., Dalloz, *Rép.*, mot DISCIPLINE JUDICIAIRE, n°s 48, 61 et suiv., 79 et suiv.

Il convient de remarquer ici, que c'est au Ministre de la Justice et non aux tribunaux qu'il appartient de connaître des réclamations auxquelles donnent lieu les délibérations des chambres de discipline des offficiers ministériels, notamment des avoués, relatives à l'organisation de ces chambres. (Trib. de Pau, 15 déc. 1865, S. V. 66, 2, 161, et 31 déc. 1869, et décis. min. just. 13 avril 1870, S. V. 71, 2, 21.)

Comp. sur la limite du pouvoir de répression de la chambre de discipline des notaires, *Gaz. Trib.* 9 mars 1877, p. 235, col. 2 *in initio*; 25 juill. 1878, p. 711, col. 4, *in fine*; 28 mai 1879, p. 513, col. 4, et surtout l'ordonnance du 4 janv. 1843. (Devill. et Car., *Lois ann.*, 2e série, pp. 739 et suiv.) — Voir aussi sur le partage légal entre les tribunaux et les chambres des notaires, de la juridiction disciplinaire sur ces fonctionnaires, et sur les limites de leur pouvoir respectif, fixé par la nature des peines que chacune de ces juridictions a le droit de prononcer, loi du 25 ventôse an XI, art. 53, et art. 14 de l'ordonn. de 1843. Comp. Nîmes, 24 juin 1878, S. V. 78, 2, 235 et note 1, sur les pouvoirs de répression du tribunal saisi par le ministère public d'une poursuite disciplinaire contre un notaire.

Il est de jurisprudence constante que les articles d'un règlement préparé par une chambre de notaires, qui ont été exclus de l'approbation donnée par le Ministre de la Justice, n'ont aucune force légale et ne sauraient servir de base à une condamnation disciplinaire contre un notaire. (Ordonn. 4 janv. 1843, art. 23; req. 20 mars 1877, *Gaz. Trib.* 26-27 mars, p. 295, col. 1, et 11 juin suiv., *Gaz. Trib.* du 13 juin, p. 567, col. 4. Ce dernier arrêt dispose de même que la décision fondée sur des articles d'un règlement auquel le Ministre de la Justice a refusé son approbation est nulle. Voy. encore un arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 1870, S. V. 70, 1, 235, et les renvois sous cet arrêt. Joindre civ. cass. 5 juill. 1875, S. V. 75, 1, 408; civ. rej. 23 juill. 1878, *Gaz. Trib.* du 25, p. 711, col. 4 *in fine*; S. V. 79, 1, 177 et les notes. La Cour suprême a rendu une décision identique, en ce qui concerne les agents de change. Voy. son arrêt du 21 juill. 1874, S. V. 74, 1, 361 et la note détaillée qui l'accompagne.)

Remarquons qu'une chambre de notaires, statuant disciplinairement, rend une dé-

sur la discipline (211) *, renouvellent chaque année une partie de

---

cision nulle lorsqu'au nombre des membres qui ont pris part à cette décision se trouvait le syndic (ordonn. 4 janv. 1843, art. 5 et 10), et que, pareillement, l'absence d'une citation donnée au notaire inculpé (comp. *supra* note 118), le défaut de rapport, le défaut de toutes réquisitions par le syndic, constituent autant de causes de nullité d'une décision de cette nature. (Voy. art. 6 et 8 de l'ordonn. de 1843.) La jurisprudence est constante sur ces points. (Voir, sur tout ceci : civ. cass. 22 janv. 1878, *Gaz. Trib.* du 23, p. 73, col. 3 ; S. V. 78, 1, 176 et le renvoi, et aussi civ. cass. 28 mai suiv., *Gaz. Trib.* du 30, p. 521, col. 3, et civ. cass. 29 avril 1879, S. V. 79, 1, 255.) Doit encore être annulée, pour violation des art. 6, 10, 11 et 17 de cette ordonn., la décision disciplinaire rendue lorsque le rapport a été fait hors la présence du syndic et du notaire inculpé (civ. cass. 28 mai 1878, S. V. 79, 1, 101 et la note ; Lefebvre, *Discipl. not.*, n° 891), ou bien à la suite d'une citation donnée par le président de la chambre, au lieu de l'être par le syndic, alors surtout qu'il n'en a pas moins présidé la chambre et s'est trouvé, dès lors, tout à la fois juge et partie. (Civ. cass. 23 avril 1879, *Gaz.* du 25, p. 403, col. 2 ; S. V. 79, 1, 352 et note 1.) Il en serait de même, et pour le même motif, dans le cas où le syndic aurait pris part au vote, alors surtout que sa présence n'aurait fait que compléter le nombre des membres légalement nécessaire pour la composition de la chambre et la validité de la décision. (Civ. cass. 29 avril 1879, *Gaz. Trib.* 3 mai, p. 431, col. 3 *in fine.*) — Comp. encore un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 août 1878 (*Gaz. Trib.* du 22, p. 803, col. 1), sur le nombre des votants, dans une décision disciplinaire rendue par une chambre de notaires (art. 5, ordonn. règl. de 1843), sur l'obligation d'être présent à toutes les séances (loi du 20 avril 1810, art. 7), sur la condamnation au lieu d'un simple avis, d'où résulte un excès de pouvoirs (art. 2, n° 2, ordonn. de 1843), sur les peines arbitraires ; et un arrêt de la chambre civile de la même Cour (*Gaz. Trib.*, *loc. supra cit.*), sur l'obligation de ne pas descendre au-dessous du minimum des membres voulus par la loi pour composer la Chambre. — La Cour de cassation a également jugé que la décision d'une chambre de discipline d'huissiers rendue sans qu'un rapport ait été fait, doit être déclarée nulle. (Civ. cass. 22 janv. 1879, *Gaz.* du 30, p. 97, col. 4 *in fine.*)

Relativement au point de savoir si, en principe, les chambres syndicales d'officiers ministériels qui peuvent, sans contredit, soutenir devant la justice les droits de la compagnie (voy., par exemple, Paris, 15 juin 1833, S. V. 33, 2, 340 et la note), sont recevables à intervenir dans les instances où sont parties des membres de ces corporations, voy. req. 25 juill. 1870 (S. V. 72, 1, 122 et note 1), et Besançon, 28 juill. 1877 (S. V. 78, 2, 133). Ce dernier arrêt, qui tranche, comme le premier, la question dans le sens de l'affirmative, ajoute que les frais de l'intervention sont d'ailleurs à la charge de la chambre intervenante. (Comp. Caen, 31 mai 1851, S. V. 52, 2, 113.)

Il est à remarquer que les décisions des chambres des notaires donnent rarement lieu à pourvoi devant la Cour de cassation. Ainsi, au nombre des 705 pourvois soumis à la Cour suprême en 1876, un seul a été dirigé contre une décision de cette nature. (Voy. Compte général de la justice civile et commerciale pour l'année 1876, 1re partie, Cour de cassation, *Gaz. Trib.* du 11 avril 1879, p. 355, col. 1.) En 1877, sur les 829 pourvois déposés au greffe civil de cette Cour, cinq furent formés contre des décisions de chambres de notaires et un contre une décision de chambre d'huissiers. (Voy. compte général pour 1877, *Gaz Trib.* 4 sept. 1879, p. 861, col. 1, 1re partie.)

Nous renverrons, pour ce qui est des pouvoirs et de la responsabilité de la chambre syndicale des agents de change, à un article de M. Ch. Fliniaux, inséré dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n° de mai 1878, p. 325, et à deux im-

* Voir note 211, page 196.

leurs membres. Leur composition est donc essentiellement mobile, par suite de ce renouvellement partiel et de l'élection de leurs officiers (212).

Observons enfin que les corporations d'officiers ministériels sont placées sous la surveillance de l'autorité judiciaire (213),

---

portants arrêts de rejet de la chambre civile de la Cour de cassation, en date du 4 déc. 1877. (S. V. 78, 1, 369 et la note, et *Gaz. Trib.* des 12 et 14 déc. 1877, p. 1193, col. 2 et 1201, col. 2.) La conférence des avocats près la Cour d'appel de Paris a, le 1er mars 1879, voté la négative sur la question de savoir si cette Chambre répond de la valeur des titres qu'elle admet à la cote de la Bourse. (Voy. *Gaz. Trib.* du 2 mars, p. 207, col. 1.)

(211) Voy. Dalloz, *Rép.*, mot DISCIPLINE JUDICIAIRE, nos 53 et suiv.; req. 24 juill. 1832, *id.*, *eod.*, mot COMPÉTENCE ADMIN., n° 74-1°. Le motif de la solution donnée au texte n'a pas pour base l'art. 5 du Code civil qui ne statue que pour les juges proprement dits; son fondement repose sur ce qu'aucun des textes, décrets ou lois, qui les ont constituées, ne leur a attribué le pouvoir réglementaire, lequel, on le conçoit sans peine, doit être exclusivement réservé à l'autorité supérieure.

(212) Les formes et les conditions des élections des chambres de notaires sont réglées par l'ordonnance royale du 4 janv. 1843, art. 25 et suiv. Voy. aussi l'arrêté du Gouvernement du 2 nivôse an XII. Les membres de la Chambre sont nommés par l'assemblée générale des notaires convoqués à cet effet. (Voy. art. 25, ordonn. de 1843.) La liste électorale se trouvant ainsi toute faite, il est difficile de concevoir qu'il puisse s'élever des difficultés sur sa formation. Mais, eu égard au résultat des élections, on peut se demander si les réclamations contre leur validité et contre la capacité des membres élus sont susceptibles d'un recours par la voie contentieuse, et où doit se porter ce recours? Comme les notaires sont du ressort du ministère de la justice, il s'ensuit que le chef de ce département ministériel a un droit de surveillance sur le corps des notaires. Aussi ne nous semble-t-il pas douteux que le pourvoi soit possible devant lui contre le résultat des élections; mais nous croyons qu'il faut aller plus loin et admettre, avec un arrêt du 29 janv. 1857 (Goulley), que les notaires sont recevables à attaquer la décision ministérielle devant le Conseil d'État, séant au contentieux. (Voy., sur ces points et en ce sens, M. D. Serrigny, *Traité de l'organisation de la compét. et de la procéd. en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, 2e éd., t. 3, n° 1142, pp. 38 et suiv.)

(213) Voy., en ce qui concerne les diverses corporations placées sous la surveillance de l'autorité judiciaire et les règles qui leur sont communes, Dalloz, *Rép.*, mot DISCIPLINE JUDICIAIRE, nos 241 et suiv. — Les officiers ministériels sont soumis, en matière de discipline, à une double juridiction : celle de leurs chambres syndicales et celle des cours et tribunaux près desquels ou dans le ressort desquels ils exercent leurs fonctions. Consulter, sur les pouvoirs des chambres syndicales, en matière disciplinaire, les arrêtés des 13 frimaire an IX, art. 8 et suiv., et 29 germinal an IX, art. 1, ainsi que le décret du 14 juin 1813, art. 70 et suiv., et l'ordonnance des 4-12 janv. 1843, art. 1, 12 et suiv.; Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, pp. 552, 562, 884; 2e série, pp. 739 et suiv. Voy. aussi A. Dalloz, *Comment. de la discipline des notaires*; et, sur la compétence des tribunaux à l'égard des *officiers ministériels* en la même matière, le décret du 30 mars 1808, art. 102 et suiv. (*Iid.*, 1re série, p. 781.) Nous avons vu, note 118 *supra*, que les articles précités de ce décret sont inapplicables aux notaires. (Loi du 25 ventôse an XI, art. 53, *iid.*, *eod.*, p. 626. — Voy. les arrêts cités à la note sus-indiquée.)

Remarquons, en terminant sur ce sujet, que la surveillance des *officiers ministé-*

qu'elles peuvent être déclarées responsables à l'égard de tous ceux qui souffrent un préjudice par suite de l'inobservation des lois ou décrets, des excès de pouvoirs ou des fautes lourdes dont elles se sont rendues coupables (214), et que l'action disciplinaire contre un officier ministériel n'appartient qu'au ministère public, ou au syndic de la corporation (215).

9°. — *Transition.*

Ainsi fixé sur le sens des mots, prémuni contre le danger de les confondre, et pénétré de l'importance et de l'intérêt des distinctions à établir entre eux, nous pouvons à présent entrer de plain-pied dans notre sujet, sans crainte d'avoir à redouter à l'avenir les dangers de l'équivoque et les doutes de l'incertitude.

---

riels appartient au ministère public, aux termes de l'art. 45 de la loi du 20 avril 1810 (*ibid.*, p. 818), et qu'en conséquence, lorsqu'ils enfreignent leurs devoirs, il lui appartient, soit de les poursuivre devant le tribunal, soit de les dénoncer à leur Chambre, selon que les faits rentrent dans la compétence de l'une ou l'autre juridiction.

(214) Voy. note 210 *in fine*, relativement aux agents de change.

(215) Dalloz, *ubi supra*, n° 36. — Devant les chambres syndicales des corporations d'officiers publics, le ministère public n'a, comme devant les conseils de discipline d'avocats, que le droit de dénonciation; mais, dans chacune de ces Chambres se trouve, parmi les officiers, un membre qui, porté par le suffrage de ses collègues et prenant le titre de syndic, a pour mission spéciale de surveiller la conduite des membres de la corporation et de provoquer, s'il y a lieu, contre ceux qui faillissent à leurs devoirs, l'application des peines qu'ils ont encourues.

Quant aux tiers, il va sans dire qu'ils ne peuvent, dans aucun cas, exercer l'action disciplinaire. Ils ne peuvent que dénoncer, à ceux qui ont qualité pour agir, les faits dont ils ont eu à se plaindre, et, sur cette dénonciation, des poursuites doivent être exercées, s'il y échet, à la requête de qui de droit.

Notons ici que les art. 637 et 638 du Code d'instr. crim. sont inapplicables à l'action disciplinaire, laquelle est, par sa nature même, imprescriptible. (Voy. M. Morin, *op. cit.*, t. 2, n° 655; req. rej. 30 déc. 1824, Dalloz, *Rép.*, mot CHOSE JUGÉE, n° 525-5°; Limoges, 21 juin 1838; req. rej. 23 avril 1839. Nous ne connaissons qu'un seul arrêt en sens contraire : c'est un arrêt de la Cour de Bourges du 20 avril 1825.) La rigueur de ce principe doit toutefois être tempérée par cette idée, toute de raison, que l'ancienneté du fait inculpé disciplinairement peut être, suivant les circonstances, un élément de considération que les juges de ce fait sont maîtres d'apprécier d'une façon souveraine. (Voy., en ce sens, un arrêt de la Chambre des requêtes du 23 avril 1839 dans ses motifs. — Consulter, sur tout ceci, et dans le sens des diverses opinions indiquées, Dalloz, *Rép.*, mot DISCIPLINE JUDIC., n°s 38 à 41 inclus.) — Lorsque le fait est passible tout ensemble d'une poursuite disciplinaire et d'une poursuite correctionnelle ou criminelle, la décision sur cette dernière n'enchaîne pas en général, comme nous

Bien que ne devant nous occuper exclusivement que des *offices ministériels* considérés spécialement au point de vue de la vénalité, il va presque sans dire que nous aurons, à de fréquentes reprises, occasion de parler de ceux des *officiers publics* dont les charges sont vénales, et que nous désignerons toujours, adoptant dès maintenant le langage de la pratique, dont la commodité serait trompeuse, si nous ne nous étions par avance mis en garde contre elle, sous la dénomination devenue technique d'OFFICIERS MINISTÉRIELS.

Nous attachant à retracer l'histoire des offices, après avoir recherché et constaté leur origine première, nous en suivrons le développement à travers quatre phases successives, dont le point de départ est pour chacune fixé par une date qu'on pourrait appeler historique, en ce que l'avènement d'un système nouveau l'a précisée d'une manière pour ainsi dire inflexible, et qui formeront de la sorte comme les quatre grandes artères de ce travail (216).

Nous allons donc examiner tour à tour :

I. Dans une première partie, la vénalité dans l'antiquité, et spécialement sous le Bas-Empire ;

II. Dans une seconde, la vénalité dans notre ancien droit ;

III. Dans une troisième, la période dite de non-vénalité qui s'est écoulée de 1789 à 1816 ;

---

l'avons vu, note 118 *supra*, l'appréciation de la juridiction disciplinaire. (Voy. Dalloz, *Rép.*, mot CHOSE JUGÉE, nos 521 et suiv.) — Faisons enfin observer que les officiers ministériels et autres officiers publics sont passibles, indépendamment de l'action disciplinaire, pour les contraventions aux lois fiscales, d'amendes prononcées par les tribunaux civils et recouvrées par voie de contrainte. (Voy. Dalloz, *eod.*, mot PEINE, nos 741, 743 et 756.)

(216) Nous tenons toutefois à avertir dès maintenant que, pour des motifs fort appréciables, et que nous indiquerons plus tard, les parties II et III de cette étude ne constitueront, à proprement parler, qu'une préface de la IVe.

IV. Dans une quatrième, la vénalité à l'époque actuelle, depuis le 28 avril 1816 jusqu'à ce jour.

Avant toutefois d'ouvrir le premier chapitre, nous sentons le besoin d'évoquer un nom illustre, celui d'Etienne Pasquier, afin de recommander notre travail à la bienveillance de ceux qui seront assez indulgents pour le parcourir, en répétant avec l'éminent jurisconsulte du seizième siècle :

« D'vne chose seulement supplie-ie le Lecteur, qu'il vueille receuoir ce mien Labeur de mesme cœur que ie luy en fais présent. » (217)

---

(217) Etienne Pasquier, *Les recherches de la France*, livre I, préface, *in fine* (éd. 1665, in-fol., p. 2.)

FIN DE L'INTRODUCTION GÉNÉRALE.

DROIT ROMAIN.

DES MILITIÆ VENALES. (1)

« *Facturus legum vetustarum interpretationem, necessario*
« *prius ab Urbis initiis repetendum existimavi; non quia*
« *velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus*
« *rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus*
« *suis partibus constaret. Et certe cujusque rei potissima*
« *pars principium est. Deinde, si in foro causas dicentibus*
« *nefas, ut ita dixerim, videtur esse, nulla præfatione facta,*
« *judici rem exponere : quanto magis interpretationem pro-*
« *mittentibus inconveniens erit, omissis initiis, atque ori-*
« *gine non repetita, atque illotis, ut ita dixerim, manibus,*
« *protinus materiam interpretationis tractare? Namque, nisi*
« *fallor, istæ præfationes et libentius nos ad lectionem pro-*
« *positæ materiæ producunt : et cum ibi venerimus, eviden-*
« *tiorem præstant intellectum .*»

(L. I, fr. Gaius, *De orig. jur.*, D., I, 2.)

AVANT-PROPOS.

S'il paraît peu probable que la vénalité des charges ait été en vigueur dans les républiques de l'antiquité (2), il exista

(1) Nous n'avons rencontré dans aucun texte l'expression *militia venalis*. Mais l'idée qu'elle représente se trouvant dans tous ceux qui parlent de la vénalité des milices (voy. les textes cités *infra*, chap. 1, § 4, notes 5 et 62), les interprètes ont pu, sans inconvénient, étiqueter, comme ils l'ont fait, les charges qui présentent ce caractère.

(2) Telle est, du moins, ainsi que le remarque M. E. Durand (*Des offices considérés au point de vue des transactions privées et des intérêts de l'Etat*, p. 10, note 1), l'induction que l'on peut tirer du silence absolu que garde Aristote à cet égard, dans le deuxième livre de ses *Politiques*, où il met une sorte de curiosité nationale à passer scrupuleusement en revue les lois et les usages des différents peuples de la Grèce et des nations voisines. — Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. 1, nos 12 et 13.

néanmoins à Rome une importante institution qui, tout en étant loin de présenter avec nos offices ministériels une identité absolue, offre parfois avec eux des traits frappants de ressemblance, et permet de faire de curieux rapprochements. Nous avons nommé celles des fonctions publiques qui se trouvaient qualifiées, dans le monde romain, sous le titre de *Militiæ venales*.

Les milices sont, dans le Digeste, dans le Code Théodosien et dans celui de Justinien, l'objet d'un assez grand nombre de textes, relatifs au droit public aussi bien qu'au droit privé, textes auxquels on peut rattacher par analogie (3), et quelquefois aussi par

---

(3) L'analogie entre les milices de Rome et les offices de France, surtout au point de vue de leur transmission, de leur vénalité et de leur hérédité, n'a échappé à aucun des auteurs anciens ou modernes qui, traitant cette matière, ont pris le soin de faire précéder leur œuvre d'un aperçu historique. (Voy., par exemple, Loyseau, *Du droit des offices, passim ;* MM. Durand, *Des offices*, pp. 22 et suiv.; Dalloz, *Rép.*, mot OFFICE, nos 5 et suiv.; Perriquet, *Traité des offices ministériels*, pp. 12 et suiv., nos 7 et suiv.; E. Duval, *Des milices en droit romain ; de la vénalité des offices en droit coutumier ; de la nature des offices ministériels, de leur transmission et de l'exercice du droit de présentation sous le régime de la loi du 28 avril 1816, en droit civil français*, thèse pour le doctorat, présentée à la Faculté de droit de Paris, le 17 fév. 1875, pp. 11 et suiv. Enfin, M. L. de Tourville, dont nous avons le manuscrit sous les yeux, avait aussi suivi la même marche.) Cette analogie, bien que nous l'ayons entendu contester avec trop de légèreté, n'en est pas moins absolument réelle ; elle a même amené quelquefois à faire emprunter leur nom aux *militiæ* pour désigner les offices. « Il y a encore », dit Loyseau, « un autre nom Latin d'Office, qui est fort notable, et que j'ay laissé le dernier, afin de l'expliquer plus à loisir : sçavoir le nom de Milice, pource qu'en l'empire Romain, les Milices étans les premières tombées en commerce, c'est sous leur nom que sont énoncées si peu de décisions qu'il y a dans nos Livres, touchant le droit et condition des Offices : aussi que la pluspart de nos modernes sont si scrupuleux, que ne voulans pas user en Latin du nom d'Office l'estimant rude et barbare en cette signification, appellent ordinairement les Offices, *Militias*, méme le docte Conan qui avait composé un Livre Latin des Offices (Livre : *de Magistratibus Francisci Conani*, non imprimé, est-il écrit en marge), comme il dit au 3e Livre de ses Commentaires, chap. 15. (Livre qui n'ait été imprimé côme je croy) ne les nomme gueres autrement que Milices ; combien que ces Milices ne fussent qu'une certaine espèce d'Offices, qui encore étoit impropre et irrégulière, dont je n'expliqueray icy que le nom, réservant en un autre endroit plus commode, à expliquer leur nature. » (Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. 1, nos 33, 34 et 35.) Ajoutons que notre grand Montaigne blâmait, dans un langage un peu absolu peut-être, cette tendance dangereuse en soi d'une trop complète assimilation. « C'est une piperie voisine à cette-cy, d'appeller les offices de nostre Estat, par les titres superbes des Romains, encores qu'ils n'ayent aucune ressemblance de charge, et encores moins d'authorité et de puissance. » (Montaigne, *Essais*, liv. I, chap. 51, *in fine*, éd. Pierre Coste, Paris, 1725, t. 1, p. 339.)

origine, certaines règles de la législation, tant ancienne que moderne, touchant les offices vénaux.

Elles ont, en outre, donné naissance à une autre institution, concernant les fils de famille, revêtue même d'une bien plus haute importance au point de vue du droit privé, et qui se trouve liée à elles, on peut l'affirmer, comme l'effet à sa cause. Nous faisons allusion ici au pécule *quasi castrense,* dont l'avènement a puissamment contribué à l'émancipation du *filius in potestate,* en venant tempérer, quant au patrimoine, la rigueur de l'absorbante autocratie du *paterfamilias.*

C'est à ce double titre qu'il nous a paru de quelque intérêt de pénétrer, au milieu de cette innombrable foule de fonctionnaires qui l'assiègent et l'encombrent, dans le palais des Césars du Bas-Empire, afin d'y rechercher quelle était l'organisation des milices, à quelles règles elles étaient soumises. C'est là, nous ne l'ignorons pas, une œuvre de reconstitution presque complète qu'il nous faut faire. Nous espérons cependant parvenir à ne pas nous laisser égarer, et à pouvoir n'abandonner le terrain juridique qu'alors seulement qu'une incursion dans le domaine littéraire nous semblera nécessitée par les exigences de la clarté, ou par l'absence de documents législatifs.

Nous concentrerons nos développements principaux sur l'étude des *militiæ venales*, que nous ferons suivre d'un double appendice, ayant trait à deux points spéciaux, qui se relient à elle d'une manière connexe et inséparable, bien que distincte.

Nous nous demanderons d'abord si l'antiquité a connu ceux de nos divers officiers ministériels, dont l'article 91 de notre loi du 28 avril 1816 fait l'énumération ; ou, pour parler plus exactement peut-être, nous rechercherons quels étaient, parmi les fonctionnaires de l'ancienne Rome, ceux qui présentaient alors l'analogie la plus grande, au seul point de vue de la vénalité, avec nos officiers ministériels, quelles étaient, d'une façon générale, leurs dénominations et leurs attributions, à quel but et à quels besoins pratiques ils étaient destinés à répondre.

Nous consacrerons notre second appendice, beaucoup plus important que le précédent, à une analyse sommaire du pécule *quasi castrense* (4).

---

(4) Sous la période républicaine, nous compterons toujours les dates de la fondation de Rome à la naissance du Christ sur le pied de 754, dans le but d'éviter la confusion qui pourrait résulter de la différence de l'ère de Varron, adoptée en général par les historiens, avec l'ère des Fastes Capitolins ; ces deux ères, on le sait, diffèrent entre elles d'une année. (Voy. l'indication de ces Fastes dans le *Corpus inscriptionum latinarum*, I, pp. 483 et suiv., et comp. Saint-Allais, *Art de vérifier les dates*, Paris, 1818-1820 ; Reinhold-Klotz, *In ed. M. Tull. Ciceron. scriptor.*, Lipsiæ, 1851, t. 1, p. XIX, note 1 ; Littré, *Dictionn.*, mot ÈRE, 1° ; Faure, *Essai historique sur la préture romaine*, p. 9, note 2 ; joindre dans l'édition d'Orelli des œuvres de Cicéron, vol. 6, p. 192, où l'on verra que l'*æra Catoniana* était en retard d'un an sur l'*æra Varroniana*, que nous adoptons ; voy. aussi t. 8, FASTI CONSULARES, p. III, note.

En ce qui concerne les constitutions de l'époque impériale, nous recommandons d'une façon toute particulière au lecteur, de se reporter aux *Commentaires* de J. Godefroy, sur chacune des lois du Code Théodosien, auxquelles nous nous serons borné à renvoyer sans analyse spéciale.

DES MILITIÆ VENALES.

CHAPITRE I.

GÉNÉRALITÉS.

SOMMAIRE :

§ 1er. Du principe de la non-vénalité des fonctions publiques, à l'origine de la constitution romaine et sous la plus grande partie de la période républicaine. — § 2. Propagation de la vénalité sous l'Empire. — § 3. Origine du nom de *Militiæ;* explication et signification du mot; division générale de la *militia* en *armata* et en *civilis* ou *urbana;* subdivision de cette dernière en trois groupes. — § 4. Epoque de l'apparition et du développement des *militiæ venales.* De la centralisation administrative au Bas-Empire. Idée générale et notion sommaire du fonctionarisme impérial. *Dignitates;* leur division en *civiles* et *militaires.* Titres honorifiques. Hiérarchie. Différentes sortes de titulaires. *Officia; scrinia; scholæ.*

§ 1er. — *Du principe de la non-vénalité des fonctions publiques, à l'origine de la constitution romaine et sous la République.*

L'idée d'une collation à prix d'argent des fonctions publiques resta pendant longtemps inconnue à Rome. Et de fait, avec l'esprit général de la constitution primitive (1), elle eût impliqué une contradiction voisine du non-sens : l'austérité des mœurs, jointe

(1) On sait que les *Comitia curiata* décidaient, à la majorité des suffrages et avec l'*auctoritas* toujours indispensable du Sénat (voy. les passages cités note 22 *infra*), entre autres questions qui rentraient dans leur compétence, sur la nomination aux charges publiques, y compris la royauté, et aux dignités religieuses, toutes fonctions qui étaient originairement l'apanage exclusif des patriciens. (Voy. M. le baron Desazars, *De la séparation des pouvoirs adm. et jud.*, dans la *Revue générale du Droit*, 1878, pp. 74 *in fine*, 76 et 82 *in fine.*) De même on nommait plus tard à toutes les charges dans les *Comitia centuriata* (*id.*, *eod.*, p. 84), et les choses se passèrent encore ainsi dans les assemblées par tribus.

à un très-vif amour de la chose publique, par cela même qu'elle faisait le fond du caractère des premiers Romains (2), mettait obstacle à ce que les principales charges de l'Etat fussent conférées aux citoyens autrement que pour leur vertu, et elle ne laissait point de place à des combinaisons financières que certains auteurs (3) ont à tort considérées comme étant d'ailleurs peu propres à s'allier avec un gouvernement républicain, alors surtout que, comme à Rome, le peuple, réuni en assemblées, nommait souverainement aux divers emplois de la République (4).

---

(2) M. le baron Desazars, dans l'étude citée note 1 (*eod.*, p. 86), contredit à tort cette proposition, dont l'histoire est là pour attester l'entière et absolue vérité. Comp. toutefois le même auteur (*eod.*), p. 193 *in fine*.

(3) Voy. § 2, note 41 *infra*.

(4) Comp. la note 1. — Sous la République, le nombre des fonctions publiques est considérable. (Comp. Montesquieu, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, chap. 11, éd. d'Amsterdam et de Leipsick, 1758, t. 3 des *Œuvres*, p. 421; voy. aussi *infra*, § 4, note 16.) L'exercice des différents pouvoirs publics se partage entre les magistratures ordinaires et extraordinaires, supérieures ou inférieures, patriciennes (*majores* ou *curules* et *minores* ou *non curules*) et plébéiennes; il se répartit, si l'on suit dans chacune des trois catégories l'ordre chronologique des institutions : 1° en ce qui concerne d'abord les magistratures ordinaires, entre les *Consules*, les *Quæstores parricidii et ærarii*, remplacés plus tard dans leurs fonctions judiciaires par les *III viri capitales* (comp. pour leurs attributions financières, § 2, note 14 *in fine* et notes suiv.), les *Tribuni plebis*, les *Ædiles plebeii*, les *Censores*, les *Prætores*, les *Ædiles curules* et enfin le *XXVI viratus* (Orell., n° 3375), devenu plus tard sous Auguste le *XX viratus* et primitivement composé de cinq commissions ou groupes de fonctionnaires différents : *III viri nocturni* ou ultérieurement *III viri capitales*, *judices X viri* ou *X viri litibus judicandis*, *IV viri* ou *præfecti juri dicundo Capuam Cumas*, *III viri monetales* AAAFF (*æri, argento, auro*, ou *auro, argento, æri flando feriundo*), *IV viri viis in urbe purgandis* et *II viri viis extra urbem purgandis*. (Auguste abolit les *IV viri juri dicundo* et conféra à d'autres fonctionnaires les attributions des *II viri viis extra urb. purg.*; des vingt membres restants du *XXVI viratus*, il forma un seul collège, le *XX viratus*, qui devint le premier degré des magistratures, et dont l'accès fut subordonné à la possession du cens sénatorial; Dio Cass., L. IV, 26; Tacit., *Ann.*, III, 29; Naudet, *De la noblesse et des récompenses d'honneur chez les Romains*, pp. 84 et suiv., Paris, 1863. Ce collège subsista jusque dans le III° siècle de notre ère; Spartian., *Did. Jul.*, I; cf. Orelli, n°s 3151, 3153, 5003 et autres); 2° puis, en ce qui touche les magistratures extraordinaires supérieures, entre l'*Interrex*, le *Præfectus urbi*, le *Dictator*, avec son *Magister equitum*, lequel est nommé dans les circonstances graves et difficiles et qui se trouve investi par les lois du pouvoir le plus absolu (voy. sur ce point Lange, *Röm. Alterth.*, 3° éd., I, 749-751; Mommsen, *Röm. Staatsr.*, 2° éd., D[1], pp. 133 et suiv.; M. Willems, *Les mesures de salut public décrétées par le Sénat pendant la Rép. rom.*, art. 1, dans la *Revue gén. du dr.*, 1879, pp. 77 et suiv.), les *X viri legibus scribundis*, les *Tribuni militum consulari potestate*, les *III viri Reipublicæ constituendæ consulari imperio* (Lépide, Antoine et César); 3° enfin, relativement aux magistratures

Aussi bien de nombreux siècles (5) se sont-ils écoulés depuis la fondation de la ville, avant qu'il fût question, pour les fonctionnaires ou officiers publics, de l'achat de leurs titres, et ce n'est qu'au déclin de l'Empire que l'on trouve des charges appelées milices, empreintes du double caractère de la vénalité et de l'hérédité (6).

---

extraordinaires inférieures, entre certaines commissions extraordinaires (*II, III, V, VII, X, XX viri*), nommées suivant l'exigence de circonstances spéciales par les *Comitia tributa* et chargées de fonctions déterminées (*cura, curatores*), comme les *III viri coloniæ deducendæ*, les *III* etc. *viri agro metiendo dividendo* ou *agrarii*, les *III* etc. *viri mensarii*, les *II* etc. *viri ædi dedicandæ*, les *II viri navales*, les *præfecti annonæ*, etc. (Voy. sur tout ceci, MM. F. Béchard, *Droit municipal dans l'antiquité*, p. 194, § 7, et pp. suiv.; Willems, *op. cit.*, pp. 217 et suiv., 241-285 et 318). — Nous renverrons principalement, sur la constitution romaine, et le droit public romain, aux très-savants travaux de MM. Th. Mommsen, *Handbuch der römischen Alterthümer*, t. 1 et 2, *römisches Staatsrecht*, S. Hirzel, Leipzig, 1876; Willems, *Le droit public romain*, 3e éd., Louvain, 1874. Joindre M. A. Dupond, *De la constitution et des magistratures romaines sous la République*, Paris, 1877. — Toutes les fonctions auxquelles il est fait allusion, bien que conférées, dans leur grande majorité, par le peuple, sont loin de présenter le même caractère. Et Cicéron, à cet égard, distingue dans ses *Verrines* (act. II, lib. II, n° 51, et non en la 4. *Verrine*, comme l'a écrit Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. 1, n° 110, et comme l'a répété après lui M. Durand, *op. cit.*, n° 15, p. 11 *in fine*, qui n'indique pas d'ailleurs la division tripartite de Cicéron), Cicéron, disons-nous, distingue les charges publiques en *magistratus, curationes, sacerdotia*. Ces trois termes éveillaient dans l'esprit des Romains la même distinction que faisaient naître, chez nous, dans tout le cours de notre ancien droit, les expressions d'*office*, de *commission* et de *bénéfice*, en ce sens que, par *magistratus* (terme indifféremment appliqué à la fonction et au fonctionnaire, et dérivé de *magister*, Festus, lib. XI, v° MAGISTERARE, éd. Panck., t. 194, p. 220 ; cf. *eod.*, v° MAGISTERIA, p. 253 ; L. 57 pr., fr. Paul., *De verb. signif.*, D., L, 16. Cf. Varro, *De ling. lat.*, V, 14. Comp. *Introduction générale*, note 58), on désignait les charges ordinaires et permanentes (l'office ; — les consuls, les préteurs, les édiles, les tribuns de la plèbe, et non du peuple, comme on le dit trop souvent, les questeurs, etc., rentraient dans cette catégorie), tandis que les *curationes* représentaient les charges extraordinaires et non permanentes (la commission ; — le dictateur et son maître de la cavalerie, l'*interrex* et autres, appartenaient à cette classe), et les *sacerdotia*, les sacerdoces. Et comme le dit fort exactement Loyseau, *loc.cit.* : « Le vrai Office est celui qui est ordinaire, la cômission est la charge extraordinaire, et le Bénéfice est la fonction Ecclésiastique. »

(5) Nous ne saurions en fixer exactement le nombre, et, pour l'avoir tenté, M. Durand (*op. cit.*, p. 10, n° 13) a commis une erreur en portant ce nombre à un chiffre supérieur à huit, puisque nous allons voir Cicéron parler déjà de l'achat de leur fonction par les scribes. (Voy. la note suivante.)

(6) Il ne faudrait point objecter, contre cette manière de voir, que déjà au temps de Cicéron les charges de scribes s'acquéraient moyennant finance. (« *Ad eos me scribas revoca, si placet : noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum donis, ac de scenicorum corollariis*, QUUM DECURIAM EMERUNT, *ex primo ordine explosorum in secundum ordinem civitatis se venisse dicunt.* » Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. III, 79, éd. Panck.) Car toute espèce de comparaison entre ces fonctionnaires inférieurs et nos officiers ministériels, au seul point de vue de la vénalité, se trouverait démentie, d'un

Ainsi donc, dans l'étude des fonctions devenues vénales et héréditaires, le droit romain présente deux époques bien distinctes : dans la première, qui comprend à peu près toute la République, c'est le mérite seul, non l'argent, qui donne accès aux emplois publics (7) ; dans la seconde, par suite d'un progrès lent et d'un acheminement graduel, demeuré longtemps insensible, bien que suivi sans relâche, le caractère primitif des offices tend à disparaître et à s'effacer ; nous voyons même à une certaine époque, qu'on peut approximativement fixer au IVe siècle de notre ère (comp. § 4), la faveur impériale accorder successivement à certains officiers le double bénéfice de transmettre leurs charges à leurs héritiers après leur mort, par testament ou *ab intestat*, et d'en disposer pendant leur vie, à titre onéreux ou gratuit. Voilà la grande innovation. C'est donc surtout l'histoire du Bas-Empire qu'il faut interroger pour rencontrer, nous ne dirons pas une institution semblable à celle de nos offices ministériels, que la société romaine n'a jamais connus (8), mais le double caractère que nous venons de signaler : c'est à la cour des Césars que nous devrons nous rendre, pour esquisser la hié-

---

côté par le tableau même que la phrase précédente trace de leurs corporations, alors du moins que c'étaient plutôt quelques centaines de sesterces que les services rendus, ou la vertu avérée des titulaires, qui servaient à les recruter ; et, de l'autre, parce que Cicéron ajoute immédiatement qu'on ne doit pas être surpris de voir quelques sujets infâmes dans une classe où *tout le monde* est admis pour son argent : « *Mirabimur, turpes aliquos ibi esse, quo* CUIVIS *licet pretio pervenire ?* » (*Eod.*) — Comp. la note précédente.

(7) Alex. ab Alex., *in initio* du passage cité note 22. — Il est clair que ceci ne doit s'entendre que d'une manière absolument relative, et que sous réserve expresse de ce que nous dirons plus bas au sujet de la brigue. Notre pensée est qu'il n'était pas nécessaire de payer sa charge : l'idée d'éligibilité était même incompatible avec celle de vénalité, dans le sens où nous comprenons ce mot. (Voy. le début de ce paragraphe.) Seulement la pratique n'était pas d'accord avec la théorie, et s'il est vrai d'avancer que la fonction n'était point vénale, il n'est pas moins exact d'observer que les procédés mis en œuvre pour y parvenir étaient, le plus souvent, fort coûteux. (Voy. *infra*.)

(8) Rome, sans doute, ainsi que nous le verrons plus tard, a bien eu ses *apparitores*, ses *scribæ*, ses *logographi*, ses *notarii ;* mais c'étaient là des fonctions auxquelles étaient étrangères la vénalité et l'hérédité qui constituent, on le sait, le cachet particulier et original de nos offices au moyen âge. Ce n'est guère que dans une certaine classe d'*apparitores*, connue sous le nom de *viatores*, sorte d'huissiers, que nous rencontrerons une véritable et sérieuse analogie avec nos officiers ministériels.

rarchie, les privilèges et les attributions de ces charges spéciales du palais impérial.

Quoi qu'il en soit, après avoir constaté que, sous le régime républicain, les fonctions publiques étaient conférées par le peuple, nous ajouterons que les formes de la collation étaient de la plus extrême simplicité. Après l'élection, appelée *creatio, designatio* (9), le candidat sur qui s'étaient portés les suffrages de ses concitoyens, pourvu qu'il fût *renuntiatus* (proclamé) (10), entrait de plein droit en charge à l'époque voulue (11). La confirmation

(9) Voy., ex. gr., L. unic. pr., fr. Modest., *De leg. Jul. amb.*, D., XLVIII, 14. Le mot *designatio* est le terme technique, de même que l'adjectif *designatus*. (Voy. entre mille preuves, Ulp., L. 3, *De off. prœt.*, D., I, 14. Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. 3, n° 51.) On trouve aussi le mot *destinare* pour désigner la succession sinon légale, du moins de fait à une fonction. (Tit. Liv., X, 22, 1; XXXIX, 32, 9.) Plus tard on l'emploie fréquemment (voy. par ex. Plin., *Paneg.*, 77) au sujet de cette succession, depuis que le droit de recommandation de l'empereur en est devenu le fondement légal. Cependant il n'est pas pris dans le sens technique proprement dit, parce que c'est la formule *candidatus principis* qui sert à exprimer qu'on est devenu titulaire d'une charge ordinaire en vertu du droit de recommandation. (Voy. *infra*, § 2, notes 12 et 25.) — On ne saurait parler de *designatio* que là seulement où il s'agit de succession à une charge obéissant à des règles fixes. Il ne peut donc pas y avoir d'*imperator designatus*. Mais de ce fait qu'après avoir reçu le droit de succéder au trône Caracalla porte sur les monnaies et les inscriptions le titre officiel d'*imperator destinatus* (voy. pareillement Tacit., *Hist.*, I, 12, 21, 26; II, 1, et ailleurs), il est permis d'induire avec Mommsen (*op. cit.*, t. 1, p. 559, note 2) que l'épithète *destinatus* est usitée au sujet de fonctions dont la succession ne s'obtient pas par des prescriptions légales. (Comp. les remarques de Stobbes, *Philol.*, 31, 274 et suiv., sur les mots *designare* et *destinare*.) — A peine est-il besoin d'ajouter que la *designatio*, au sens technique, suppose par essence la *creatio* qui la précède chronologiquement, en ce sens qu'il faut naturellement être *creatus* pour être *designatus*. Mais sous l'Empire le *destinatus* n'est pas forcément *creatus*... en théorie du moins.

(10) Ex. gr., Cic., *Pro Murena*, I. On dit aussi *declaratus* (*id.*, *eod.*, 2).

(11) Ainsi que l'exprime très-énergiquement le mot *designatio*, le candidat *designatus* n'entrait pas immédiatement en fonctions. Il ne prenait possession de sa charge qu'aux kalendes de janvier qui suivaient sa nomination, donc six mois environ après l'élection. En effet, la plupart des comices et notamment ceux des grands magistrats, tels que consuls, préteurs, édiles, se tenaient ordinairement en juin, juillet et août. (Voy. par ex., sur les comices tenus en été, — pour les consulaires : Cic., *Ad Att.*, I, 16; IV, 15; *Ad. Q. frat.*, II, 16; Sallust., *Jugurth.*, 44; Dio, XL, 45; Pseud. Ascon., *In Verr.*, I, p. 134, Orell. Comp. *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 19, p. 386, note 7; — pour les prétoriens : Cic., *Ad famil.*, X, 26; Pseud. Ascon., *ibid.*; — pour les édilitiens : Varr., *De re rustica*, III, 2.) — De même, selon Dirksen (*Observ. ad tab. Heracl.*, *part. alter.* [*Œs Neapolit.*], Berol., 1817, pp. 36 et suiv.), dont l'opinion est en cela contraire à celle de Mazochi (Mazochi Marezoll, *Frag. leg. Rom. in tab. Heracl.*, etc., 1816), les comices pour la nomination des magistrats municipaux se tenaient, d'après une disposition assez obscure de la *Lex Julia municipalis* (linn.

ou institution, dont l'usage était général, vers le XIIe siècle de notre ère, dans les bénéfices ecclésiastiques, était alors aussi complètement ignorée que les lettres de provision dont on voit nos rois faire plus tard la délivrance sur les présentations intéressées qui leur sont faites (12).

Conformément au principe qui, d'une manière très-générale, fait du mandataire un représentant essentiellement révocable à la volonté du mandant, le fonctionnaire, qui tenait ses pouvoirs du peuple dont il était le délégué, pouvait être privé de son titre, lorsque sa conduite ne répondait plus à la confiance que ses concitoyens avaient placée en lui, et dont sa nomination était le plus haut témoignage (13). Il était sous le coup d'une double répres-

---

24-25, *œr. Neap.*) aux kalendes de juillet. (M. Giraud, *Nov. Enchirid.*, p. 621. cap. VII.) — Cela ne signifie pas que tous ces comices n'avaient pas lieu quelquefois dans d'autres mois et même en hiver ; mais ce n'était que par occasion, et alors que des dissentiments nécessitaient leur ajournement. C'était donc l'exception. Ce qui le prouve, c'est que, lorsque ces comices ont lieu à la fin de l'été ou plus tard, ils sont notés comme tardifs. (Voy. Sallust., *loc. cit.;* Cic., *Ad Q. fr.*, et *Ad famil.*, *locc. citt. ; Ad Att.*, II, 20 ; Tit. Liv., V, 21 ; Dio, *loc. cit.*, etc. — Voy. sur tout ceci M. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, 3e éd., t. 2, p. 460, note sur la p. 5. Comp. *eod.*, p. 21.) — Spécialement, en ce qui concerne les consuls, l'époque de l'entrée en charge, qui subit diverses variations depuis l'établissement du consulat, fut, à partir de l'an 601, fixée aux kalendes de janvier. (Voy. Mommsen, *Röm. Chronol.*, pp. 75-105; *Röm. Gesch.*, III, 14 ; IV, 1, et Walter, *Gesch. des röm. Rechts*, 3e éd., t. 1, p. 195, texte et note 13.) Mommsen soutient cependant que le consul entrait en charge aux kalendes de janvier, mais n'avait pas l'*imperium* avant les kalendes de mars. Ce point de vue a fait de la part de Zumpt (*Studia Romana*, pp. 183-193) l'objet d'un scrupuleux examen et de savantes critiques. — Consulter aussi sur la date de l'entrée en fonctions des magistrats ordinaires, M. Willems, *Le dr. publ. rom.*, pp. 237 *in fine* et suiv.

(12) La *renuntiatio* (proclamation ; Cic., *Pro Mur.*, 8 ; Plin., *Paneg.*, 77) du président des élections n'a aucun rapport avec les institutions dont il est question au texte. — Comp. sur tout ce passage Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. 3, n° 51. — L'institution existe encore aujourd'hui pour les juges de nos tribunaux de commerce.

(13) On en trouvera, parmi tant d'autres, un exemple chez L. Apuleius Saturninus, ancien questeur d'Ostie, l'ami de Marius, qui, après avoir négligé ses fonctions, afin de se livrer exclusivement à ses plaisirs, encourut sa destitution par le Sénat, et qui, de magistrat indolent et débauché, devint un démagogue furieux, trouvant sans doute en cela, comme beaucoup d'autres après lui le devaient faire, le seul moyen de témoigner sa haine à la société qui l'avait flétri. Il périt massacré. — Les questeurs, paraît-il, qui tiraient leur département au sort, en vertu de la *lex Titia* (Cic., *Pro Mur.*, 8), ne tiraient jamais la questure d'Ostie sans attirer les acclamations ironiques de la foule, parce que cette charge était loin de procurer autant de considération et de célébrité que d'embarras et de tourment, dit Cicéron (*eod.*), en ce sens probablement que le questeur de cette localité avait pour mission spéciale de veiller à l'arrivage

sion, suivant que sa faute était légère ou grave : frappé de l'interdiction temporaire d'exercer sa charge, dans le premier cas, il était destitué (13 *bis*) et noté d'infamie, dans le second, ce qui, au point de vue du droit public, amenait spécialement cette conséquence redoutée, de le rendre, pour l'avenir, incapable d'arriver à aucune dignité ou d'occuper aucune charge (14).

---

des denrées destinées à alimenter la capitale. (Voy. M. Ch. Du Rozoir, dans la *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 19, p. 391, note 33, et *eod.*, *in initio*, sommaire de l'*Oratio pro. C. Rabirio.*)

(13 *bis*) On appelait *abrogatio magistratus* la destitution d'un magistrat prononcée par le peuple et au moyen d'une loi. (Cic., *Brut.*, XIV, 53 ; Tit. Liv., XXII, 25 ; XXVII, 20 ; XXIX, 19.) Les exemples dans lesquels le peuple prononça lui-même la destitution d'un magistrat sont fort rares. (Voy. Mommsen, *Handb.*, I, pp. 606 et suiv.)

(14) Voy. *infra*, chap. II, § 2, 7° incapacité absolue d'exercer une *militia*. — Les effets de l'infamie, si on les considère rapidement et *in globo*, étaient d'une extrême gravité, et l'énumération des principaux suffira à rendre compte de la cause pour laquelle les conséquences de la peine en faisaient un châtiment redoutable. Au point de vue du droit public tout d'abord, et nous nous bornerons ici à cette simple mention, l'infamie emportait la perte de tous les droits politiques, de tous les *jura publica* (tels notamment que le *jus honorum*, et avec lui le *jus imaginum* : Cic., *Pro Sulla*, 31 ; *Pro Muren.*, 41 ; le *jus suffragii*), en tant qu'ils constituaient des droits plutôt que des charges. (Voy. le titre *De infam.*, C. Just., X, 57.) Les bronzes d'Osuna nous en fournissent une preuve entre mille, en prescrivant qu'un sujet indigne ne peut être membre du Conseil municipal. (Voy. *supra*, *Introduction générale*, *loc. cit.* note 112, IX *in fine*, p. 73. Cf., d'une manière générale, Const. 2, *De dignit.*, C. Just., XII, 1 ; et, comme application : L. 2, fr. Marcian., *De offic. adsess.*, D., I, 22.) Elle ôtait à l'*infamis* le *jus accusandi* (L. 8, fr. Macer, *De accusat. et inscript.*, D., XLVIII, 2), c'est-à-dire le droit d'exercer un *judicium publicum*, une poursuite criminelle, droit d'une importance capitale autrefois (comp. note 22 *infra*), l'entreprise d'une accusation publique étant, aussi bien que l'exercice du barreau, le premier échelon pour arriver aux dignités. (Voy. M. G. Humbert, dans le *Dict. des antiq.* de MM. Daremberg et Saglio, mot ADVOCATIO, I, *in init.*) — De même encore, au point de vue du droit privé, la *nota infamiæ* frappait celui qui en était l'objet, en ce qui concerne la constitution active ou passive d'un *procurator ad litem*, d'une incapacité spéciale, en ce sens que l'*infamis* ne pouvait pas plus constituer à l'avenir un *procurator ad litem* qu'il ne pouvait être chargé d'une telle *procuratio*. Justinien, qui mentionne cet effet de l'infamie, fait remarquer que déjà, en pratique, cette incapacité était tombée en désuétude, et il n'en parle que pour l'abroger. (§ 11, *De exception.*, Inst., IV, 13.) Pareillement une femme *infamis* était déclarée indigne de recueillir la disposition testamentaire faite à son profit (Suet., *Domitian.*, 8 ; L. 14, fr. Papin., *De his quæ ut indign.*, D., XXXIV, 9), et incapable de se marier avec aucun *ingenuus*. Cette dernière incapacité se rattachait, légalement au moins, aux lois d'Auguste, à la *Lex Julia* de 757 U. C., *De maritandis ordinibus* (Suet., *Oct. Aug.*, 34), complétée mais non remplacée ni absorbée en 762 par la loi Papia Poppæa (Gaius, II, §§ 111 et 286 ; *Fr. Vatic.*, §§ 216 et 218), qui en changea seulement les dispositions sur certains points secondaires. (Ulp., *Reg.*, XIV. — Voy. sur ces diverses propositions M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1, 3e éd., p. 938, texte et note 2. Comp. *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 139, p. 326, note 125, avec laquelle M. Accarias et nous sommes en complet désaccord, tant sur la date de la loi Julia que cette note fixe à l'an 736, que sur la portée exacte de la loi

De l'idée précédemment émise, que le fonctionnaire sortait de l'élection, il apparaîtra avec évidence que le titulaire, une fois redevenu simple citoyen, par suite de l'expiration du temps assigné à ses fonctions, ne pouvait avoir aucune influence sur la no-

---

Papia.) Deux passages des *Regulæ Ulpiani* établissent l'origine de l'incapacité dont nous parlons de la façon la plus péremptoire (tit. XIII, § 2, et tit. XVI, § 2) ; peut-être même remontait-elle à une prohibition antérieure plus large, prohibition sinon légale, à tout le moins coutumière, c'est-à-dire prescrite sinon *lege*, du moins *moribus*, et résultant, comme conséquence directe, des règles si rigoureuses et si strictes du régime primitif en cette matière. Ce qu'il y a d'assez curieux, c'est que le mariage n'était point interdit entre une *ingenua* et un *infamis*. (Voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, 3e éd., p. 199, texte et note 1.) — Enfin la *querela inofficiosi* est donnée aux frères et sœurs consanguins du défunt, quand celui-ci les ayant omis, leur a préféré une *persona turpis* ou *vilis*. Or il est évident que parmi les *personæ* qui ont ce caractère, il faut compter en première ligne tous les *infames*, si l'on songe surtout qu'une solution identique était donnée, lorsque l'institué était une personne dont l'*existimatio* n'était pas intacte, comme par exemple un affranchi. (Const. 27, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28. — Voy. M. Accarias, *ubi supra*, 3e éd., p. 889-4° et p. 427, note 1.) Une anecdote rapportée par Valère Maxime (VII, 8, n° 4), cité par M. Accarias (t. 1, p. 889-4°), prouve la très grande ancienneté de cette application spéciale de la *querela*.

La gravité même de cette peine particulière sert à expliquer cette disposition formelle et très-générale de l'Edit que, pour que l'infamie soit encourue, il faut que celui qui est sous le coup d'une action infamante quelconque ait été condamné *suo nomine*. (L. 1, fr. Julian., *De his qui notant. inf.*, D., III, 2. — Comp. L. 6 § 6, fr. Ulp., et L. 14, fr. Paul., *eod.*) Pratiquement, cette règle amenait un résultat bizarre ; celui de fournir un biais aussi facile que simple pour éviter l'infamie. Qu'on suppose, en effet, que Primus, coupable de dol, par exemple, envers Secundus, ait constitué un *procurator*, et que Secundus poursuive ce *procurator* ; il sera condamné, et ne sera cependant pas *infamis*, par cette raison que la condamnation sera prononcée *nomine procuratoris*, et non du tout au nom de l'auteur même du dol. (L. 6 § 2, fr. Ulp., *De his qui not. inf.*) Reste à savoir, maintenant, si on pouvait facilement trouver un *procurator* en pareil cas, et si, dans l'hypothèse d'une solution affirmative, le préteur ne pouvait pas élever d'objection contre sa constitution. Cette double conjecture est fort plausible ; ce n'est là toutefois qu'une conjecture, mais que le bon sens dont elle est empreinte, rend fort probable.

C'est également à raison des effets si terribles de l'infamie, que l'action *de dolo*, action infamante par excellence, si l'on peut ainsi dire, était essentiellement subsidiaire.

Outre la double protection que trouvait la cité dans les deux moyens que nous venons d'indiquer, il convient d'ajouter que les citoyens rencontraient une autre garantie contre leurs magistrats dans le *veto* qui, sans parler des cas où il empêchait un acte déterminé ou une catégorie d'actes déterminés, pouvait aboutir à une suspension des fonctions d'un certain magistrat (Aurel. Vict., *De vir. illust.*, LXXII), ou même avoir pour but de suspendre entièrement l'exercice d'une certaine magistrature. (Mommsen, *Handb.*, I, pp. 246 et suiv.; Faure, *Essai historiq. sur le préteur. rom.*, p. 85.)

mination de son successeur, qui était, comme la sienne propre, le produit de votes librement exprimés (15).

Telles sont, très-brièvement résumées, les règles qui furent suivies à Rome pendant le cours de plusieurs siècles, et dont l'observation stricte et rigoureuse, en faisant la force et la grandeur du peuple romain, le conduisit à cet apogée de gloire et de puissance qui devait entraîner l'étonnement et l'admiration des générations futures.

Le malheur fut que le succès des armes, en amenant la conquête du monde, permit aux richesses, qui envahirent bientôt l'antique cité de Romulus, d'accomplir leur œuvre de démoralisation (16). Du jour où Rome devint la proie de la fortune, les abus furent engendrés, et la corruption des mœurs, suite inévitable d'une surabondance de prospérité, ouvrit la libre carrière à l'intrigue et à la séduction, dont la capitale devint le vaste foyer. Supplantée par l'or qui la détrôna pour régner à sa place, la vertu devint un nom, et ce fut désormais à la brigue d'abord, à

---

(15) Durant de longs siècles, en effet, les Romains ignorèrent les résignations *in favorem*, dont l'idée originaire, chez nous, ainsi que nous aurons à le constater par la suite, doit être attribuée au droit canonique. — A Rome, César fut le premier qui en donna l'exemple, lorsqu'il se démit du consulat en faveur de Q. Fabius et de C. Trebonius, violant ainsi doublement, au rapport de Dion Cassius (XLIII, 46, éd. Sturzius), les lois de sa patrie : d'abord, par la démission qu'il donna d'une fonction qu'il avait pris l'engagement de remplir ; puis par la substitution qu'il opéra de deux consuls à lui-même, alors que ceux-là auraient dû, d'après la constitution, trouver leur titre, beaucoup moins dans la volonté d'un seul, que dans le choix de tous. — Auguste l'imita par la suite, au cours de son second consulat. (Suet., *Aug.*, 26.)

(16) Il faut lire en particulier le livre XXXIII (*passim*, et surtout n° XLVII) de l'*Histoire naturelle* de Pline, pour avoir une idée de la fortune immense de certains personnages de l'antiquité romaine notamment. (Cf. Cic., *De Off.*, II, 21 ; Senec., *Epist.*, *passim* ; M. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, *passim*.) Que si l'on veut se rendre compte des désordres et des abus entraînés par les richesses, on consultera avec fruit la lettre 115 de Sénèque, les vers 158 et suiv. du livre I de la *Pharsale* de Lucain, et la lettre 7 *ad C. Cæs. de Republica* de Salluste. Aux pages qui vont suivre, nous mettrions volontiers pour épigraphe une phrase de cette lettre : « *Ubi divitiæ claræ habentur, ibi omnia bona vilia sunt, fides, probitas, pudor, pudicitia.....* » Il convient également de consulter, sur la transformation opérée chez le peuple romain par la conquête du monde, Tacite, *Hist.*, II, 38 ; Montesquieu, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence* (*passim*), et M. Duruy, *Hist. des Romains*, t. 3, ch. 37, pp. 109 et suiv., sans parler des Rollin, des Gibbon, des Guizot et de tant d'autres.

l'intrigue ensuite, qu'il fallut recourir pour captiver les suffrages (17).

---

(17) Certaines candidatures furent même signalées par la plus somptueuse libéralité, par les dépenses les plus ruineuses. Autrefois, « l'on en était quitte pour quelques amphores de vin (Plin., XXXV, 2) », dit M. Dezobry. *(Op. cit.*, t. 2, p. 13 *in initio.* Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. 1, n° 17.) Au temps de Cicéron, l'an 700 U. C., les comices faisaient subir au taux de l'argent une hausse sensible (Cic., *Ad Att.*, IV, 15; *Ad Q. fr.*, II, 15 b, 4), fait dont on ne s'étonnera que médiocrement, si l'on songe que César s'était endetté de 25 millions de sesterces (6.627.100 fr., d'après M. Dezobry, *eod.*, p. 461, note sur la page 13), pour s'attirer la faveur populaire. Comp. aussi, sur les libéralités de César, candidat au Consulat, Suet., *Cæs.*, 19, 26 et suiv.; Appian., *Bell. civ.*, II, 19; Cic., *Ad Q. fr.*, II, 15.

Faisons ici une digression. La valeur du sesterce (2 as et demi, ainsi que le prouve le signe H S — Cf. Pomp. Festus, lib. XVII, *verbis* SESTERTIUS et SESTERTII NOTAM, éd. Panck., t. 194, pp. 601 et 623; Volusius Mæcianus, *Assis distributio*, 46, Mommsen; Giraud, *Nov. Enchirid.*, p. 14, *e tab.* VII, 2), la valeur du sesterce, qui était le quart du denier = 10 as et la moitié du quinaire = 5 as, et présentait à peu de chose près le module de nos pièces de 0,20 cent., a été appréciée très-différemment. Elle a d'ailleurs varié suivant les temps. M. Letronne (*Considérations générales sur l'évaluation des monnaies grecques et romaines, et sur la valeur de l'or et de l'argent avant la découverte de l'Amérique*, Paris, 1817, in-4°; — voir aussi le travail du même auteur, inséré par Lemaire dans son éd. de Tite-Live, t. 12, p. 115), M. Letronne l'évalue à 0,20 cent. et demi. (Voy. Panck., *Bibl. lat.-fr.*, t. 16, p. 280, note 20; comp. t. 14, p. 149, note 6, et p. 443, note 23; t. 15, p. 64, note 50; t. 139, p. 213 et p. 225 *in initio*, et les astérisques; t. 171, p. 126, notes 38 et 39.) — Dans son intéressante brochure, extraite du t. XXXVIII des *Mémoires de la Société des antiquaires de l'Ouest*, sur *Le sesterce et l'histoire de sa fabrication dans le monnayage romain, à propos du sesterce du Trésor de Vernon*, M. Th. Ducrocq apprécie la valeur de ce dernier à 0,25 cent. un tiers, et renvoie à l'appui au *Tableau de comparaison entre la monnaie romaine et la monnaie française*, par M. J. de Witte, « dont les réductions et les calculs ont été faits d'après les documents les plus sûrs par M. William Cart, professeur à Lausanne. » (Voir M. Ducrocq, brochure, p. 7 et note 2.) Nous avons, toutefois, trouvé dans la collection Panckouke précitée, t. 15, p. 78, une évaluation du sesterce à deux sous et demi, soit 0,12 cent. et demi, et une autre à quatre sous et demi, soit 0,22 cent. et demi. (Voir *id.*, t. 14, p. 443, note 23, et t. 15, p. 254, note 34, et au surplus les notes au sujet des nombreuses mentions des sesterces, dans les *Verrines.*) Sans nous permettre de prendre parti sur cette question, nous nous bornerons à dire qu'en nous emparant du chiffre rond de 0,25 cent., la dette de César eût été de 6.250.000 fr. (César avait, du reste, des dettes énormes. Plutarch., *Cæs.* 11, ; Appian., *Bell. civ.*, II, 8. Voir aussi Suet., *Cæsar.*) Nous avons été autorisé à prendre ce chiffre de 0,25 cent. par M. Renier, à son cours au Collége de France, juin 1878. (Voy. *inf.*, note 161.) D'ailleurs, M. Dezobry (*op. cit.*, t. 3, p. 639, n° 17) fixe la valeur de cette petite monnaie d'argent à 0,27 cent. sous Auguste, et à 0,25 cent. sous Tibère. Voir aussi, sur ce point : les *Œuvres de Plutarque*, éd. de Cussac, 1801, t. 3, p. 409, note; Gronov., *De sestert.;* Mommsen, *Gesch. des röm. Münzwesens*, Berlin, 1860. Cette *Histoire de la monnaie romaine* a été traduite par le duc de Blacas, avec notes; *id.*, *Ueber das röm. Münzwesen;* Cf. *Handb.*, t. 1, p. 471; J. Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*, t. 2, pp. 3 et suiv.; le baron d'Ailly, *Hist. de la monnaie romaine, depuis son origine jusqu'à la mort d'Auguste;* Fr. Lenormant, *Essai sur l'organisation politique et économique de la monnaie dans l'antiquité*,

Non que la brigue des fonctions que dispensait la cité ne soit de

---

Paris, 1863; *La monnaie dans l'antiquité;* P. Barral, *Dict. des antiquités grecques et romaines*, v° SESTERTIUS: A. Rich, *Dict. des antiq. rom. et grecq.*, même mot; MM. Daremberg et Saglio, *Dict. des antiq. gr. et rom.*, mot AS, p. 463; Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 344, note 2; Flach, *La table de bronze d'Aljustrel*, dans la *Nouv. revue hist.*, 1878, p. 662, note 2, p. 671, n° 48, et p. 692 *in initio;* E. Levasseur, *De la valeur des monnaies rom.*, Acad. des sciences moral. et politiq., fév.-mars-avril 1879. — Nous devons toutefois prémunir contre une confusion que notre mot sesterce pourrait faire naître. Ce terme n'a pas, en effet, un sens unique en latin, où il peut désigner le *sestertius* ou le *sestertium*. Or, tandis que le *sestertius* était une monnaie réelle d'argent, le *sestertium* était une monnaie de compte, comme notre million, équivalent à un millier de sesterces. (Voy. Barral, *eod.*, et M. Accarias, *loc. cit. Junge* M. Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 445, note 11.) C'est évidemment du petit sesterce qu'il est ici question, et c'est à lui aussi que fait allusion Gaius dans le § 124 de son *Comment.* III. Le mot *sestertium* avait d'ailleurs encore d'autres sens. (Voy. Barral, à ce mot.)

On ne peut se rendre un compte exact de la réunion de tous les efforts, de tous les moyens mis en œuvre par les fureurs de l'*ambitus* (« *Ardet ambitus* », écrit Cicéron en l'an 700 U. C., *Ad Attic.*, IV, 15, 7; cf. *Ad Q. fr.*, 2, 15 b, 4), quelquefois deux ans à l'avance (Cic., *Pro Sest.*, 64), pour capter la bienveillance du peuple, qu'en recourant aux sources elles-mêmes. Nous renverrons donc le lecteur aux passages ci-après : Cic., *Pro Murena*, 18, 19, 22, 32, 34, 35; *De Officiis*, II, 16, 17; *Ad Atticum*, I, 1; II, 1; IV, 17; *Ad Q. fr.*, III, 1; Q. Cic., *De petit. consul.*, 11; Sallust., *Jugurtha*, 4; Hirtius, *Bell. Gall.*, VIII, 50; Vell. Paterc., II, 91; Dio, LIII, 24. — Le détail suivant donnera la mesure du degré de perversion auquel la corruption électorale peut conduire, et montrera quel raffinement de prudence (voy. aussi Cic., *Pro Murena*, 21) était nécessaire auprès des électeurs, de la part des candidats. C'est à Cicéron lui-même (*Pro Murena*, 36), à qui Valère Maxime (VII, 5, 1) l'a dérobé, que nous empruntons ce trait de mœurs. Q. Tubero qui était, par sa mère, femme de Q. Ælius Tubero, citoyen aussi pauvre que vertueux (Val. Max., IV, 4, 9; Cic., *Brutus*, 31. Cf. Plut., *Paul Emile*), petit-fils de Paul Emile, et neveu de Scipion l'Africain, malgré les titres que Cicéron lui décerne (*vir eruditus..., et honestus homo et nobilis*), échoua dans sa demande de la préture, par ce seul motif que, chargé par Q. Fabius Maximus de présider aux apprêts d'un repas public, que celui-ci offrit au peuple pour honorer la mémoire de ce même Scipion, son oncle paternel, il avait fait étendre des peaux de boucs sur des lits à la Carthaginoise, lits bas et petits, partant d'une forme commune, et servir en vaisselle de Samos, c'est-à-dire en vases de terre. (Voir éd. Panck., t. 19, p. 410, note 123.) Il est vrai qu'il y avait ici cette circonstance atténuante, si tant est que c'en soit une (voy. *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 172, p. 101, note 8), que le peuple romain avait été révolté d'un étalage aussi mesquin, lorsqu'il s'agissait de célébrer les mânes d'un tel héros. — Il faut également citer, dans le même ordre d'idées, l'anecdote bien connue que nous rapporte Valère Maxime (VII, 5, 2. Cf. Cic., *Pro Planc.*, 21, 51), au sujet de P. Scipio Nasica, consul en 616, et qui a trait à la *prensatio* (voy. *infra*, note 19) : « ... *Cum ædilitatem curulem adolescens peteret, manumque cujusdam rustico opere duratam, more candidatorum tenacius apprehendisset, joci gratia interrogavit eum*, NUM MANIBUS SOLITUS ESSET AMBULARE. » Cette plaisanterie valut un échec à son auteur. — *Junge*, en ce qui concerne les agissements, manœuvres et pratiques des candidats, de leurs agents et de leurs amis : Cic., *Ad famil.*, XI, 16; XVI, 12; *Ad Attic.*, I, 16, 17; IV, 18; VI, 2; *Pro Planc.*, 5, 6, 10, 17, 18, 20, 22; *Pro Murena*, 17, 32, 34, 36; *Pro Milone*, 9; Q. Cic., *De petit. cons.*, 1, 5 à 14 inclus; Hor., I *Ep.*, 6, 50, 51, 54, 55; *De arte poet.*, vers 167, qu'on

vieille date à Rome (18)* ; mais les procédés mis en œuvre pour y

---

peut appliquer à la brigue ; Plin., *Paneg.*, 71 ; Tit. Liv., III, 35 ; XXXIX, 32 ; Valer. Max., IV, 5, 4 ; VII, 5, 2 ; Suet., *Cæsar*, 19, 41 ; Senec., *Epist.*, 118 ; Macrob., *Saturn.*, I, 16 ; Plin., I, *Præf.* ; Dio, XXXVI, 21 ; XXXVII, 37 ; XL, 60 ; Plutarch., *Coriol.*, 14, trad. Amyot, éd. de Cussac, 19 ; Cic., 7, même éd., 8 ; *Quæst. rom.*, p. 117, même éd., quest. 49 ; *Marius*, 5 ; Ascon., *Ad orat. in tog. cand.*, pp. 85 sq. — Voir aussi Varron, *De re rustica*, III, 2, *in initio*, qui, parlant de l'endroit où chaque candidat s'abritait avec quelques amis, et qui lui servait peut-être à s'isoler de la foule, quand ses agents venaient lui faire des rapports ou recevoir ses ordres, suivant l'ingénieuse conjecture de M. Dezobry, le qualifie de *Tabella*. Or, si l'on consulte l'édition bipontine des *Scriptores rei rusticæ*, t. 4, on voit qu'elle porte dans son Lexicon : *Tabella*, dimin. *ex taberna*. On ne saurait donc traduire ce terme autrement que par boutique ; on conçoit, cela étant, l'origine satirique du mot, qui fait une allusion évidente au trafic des suffrages qui se pratiquait en ce lieu. Le mot est ensuite resté dans la langue, le mal persistant toujours, et a revêtu une signification spéciale et sérieuse ; mais on ne le comprend dans le langage postérieur qu'après avoir constaté son sens primordial, et on ne peut guère le traduire, en français, que par le mot *tente*. (Voy. sur ce point M. Dezobry, *op. cit.*, t. 2, pp. 24 et 461, note sur la p. 24 *b* ; *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 207, p. 275 ; A. Rich., *op. cit.*, mots TABELLA, 10, et TABERNA.) On peut joindre encore, relativement à la brigue, Alex. ab Alex., *Genial. dier.*, *loc. infra cit.* note 22. — Ajoutons que Cicéron (*Pro Murena*, 36) défendait contre Caton, qui, en 703 de Rome, échoua dans son élection consulaire pour n'avoir pas voulu s'abaisser jusqu'à des manœuvres inavouables, l'usage suivi et les procédés admis par les candidats. « *Quare nec plebi Romanæ eripiendi fructus isti sunt ludorum, gladiatorum, conviviorum ; quæ omnia majores nostri comparaverunt :* (« Nous ne pouvons préciser l'époque où s'introduisit cet usage funeste de vendre et d'acheter les suffrages, de trafiquer des élections : mais il remonte sans doute aux temps qui suivirent les guerres puniques », écrit l'auteur cité *infra*, *De la corruption électorale chez les Romains*, p. 115) *nec candidatis ista benignitas adimenda est, quæ liberalitatem magis significat, quam largitionem.* » (Cf. *eod.*, 34.) A nos yeux, on sent plutôt, dans ces paroles un peu absolues, l'argument spécieux de l'avocat qui défend un client ami, accusé de brigue, qu'on n'y trouve le sentiment d'une conviction intime et bien arrêtée. (Le passage que nous citons *infra* du traité *De Officiis*, justifierait au besoin cette assertion. Cf. *Pro Planc.*, 18.) Au reste, à l'époque où l'illustre orateur les prononçait (691 U. C., 63 av. J.-C.), il y avait des siècles déjà que la probité la plus sévère passait pour s'éclipser sous la toge du candidat. N'oublions pas le mot de Tite-Live (XXXVII, 57) : « *Cujus* (Catonis) *auctoritatem, perpetuo tenore vitæ partam, toga candida elevabat.* » — Ces magnifiques largesses, qui procédaient d'une amitié d'ambition, d'une amitié fardée (« *Ambitiosæ nostræ fucosæque amicitiæ* », dit Cicéron, *Ad Att.*, I, 18) et de dangereuses flatteries (« *Pestiferæ blanditiæ* », Val. Max., III, 8, 3), devinrent de rigueur dans toute candidature sérieuse pour un peuple qui faisait métier de se vendre, regardait ses suffrages comme un butin, et ne venait plus aux comices sans recevoir un salaire. (Plut., *Cæs.*, 28 ; *Cat. min.*, 44 ; Appian., *Bell. civ.*, II, 19.) Et déjà au temps de Cicéron, l'habitude de ces fastueuses profusions avait pénétré si avant dans les mœurs, et le peuple était si bien accoutumé à mettre sa faveur à ce prix, que l'auteur du *De Officiis* rapporte et signale comme très-digne de remarque ce fait que L. Philippus, rendu célèbre par sa naissance et par son génie, se glorifiait d'être parvenu aux dignités les plus éminentes, sans le secours des largesses. « *L. quidem Philippus, Q. f., magno vir ingenio, in primisque clarus, gloriari solebat, se sine*

* Voir note 18, page 218.

parvenir, en perdant l'antique cachet de leur naïveté primitive (19)*,

---

ullo munere adeptum esse omnia, quæ haberentur amplissima. » Et il prend soin d'ajouter : « *Dicebat idem C. Curio. Nobis quoque licet in hoc quodam modo gloriari : nam pro amplitudine honorum, quos cunctis suffragiis adepti sumus, nostro quidem anno, quod contigit eorum nemini, quos modo nominavi, sane exiguus sumptus ædilitatis fuit.* » (*De Off.*, II, 17.) Cicéron avait d'autant plus lieu de revendiquer pour lui la même gloire, que l'édilité était, on le sait, une magistrature qui obligeait à donner des jeux au peuple. — Quant aux suffrages des électeurs, sollicités déjà par les *suffragatores*, ils étaient marchandés par les *interpretes* (Cic., *In Verr.*, I, 12 *in fine ;* Ps. Ascon., *In Cic., ibid.*, p. 145 Orelli; Ernesti, v° INTERPRES), et achetés par l'intermédiaire des *sequestres*, entre les mains desquels le candidat déposait l'argent nécessaire à cet effet (voy. sur eux note 22 *infra*, p. 233 *in fine*, et § 2, note 42), et des *divisores* qui le distribuaient. (Voy. sur ces derniers : Cic., *In Verr.*, I, 8, 9, et act. II, lib. III, 69 ; *In Cornel.*, I ; *Pro Murena*, 26 ; *De orat.*, II, 63 ; *Pro Planc.*, 18, 19, 23 ; *De Arusp. resp.*, 20 ; Suet., *Aug.*, 3, passage dans lequel Suétone s'étonne de ce que certains auteurs aient compté C. Octavius, père d'Auguste, parmi les *divisores*. Cf. Q. Cic., *De petit. consul.*, 5, 14 ; *Schol. bobb.*, p. 253 Orell. ; Plutarch., *Cato minor*, 44; Ernesti, *op. cit.*, v° DIVISOR ; Alex. ab Alex., *Genial. dier.*, *loc. inf. cit.*, note 22 ; voy. p. 757 texte et note 5 de Tiraqueau ; voir aussi *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 15, p. 63 *in fine*, note 47 ; Walter, *loc. inf. cit.*, et surtout Weismann, *De divisoribus et sequestribus ambitus ap. Rom. instrumentis*, Heidelberg, 1831.) Ces *divisores* étaient les agents des candidats les plus généreux (Cic., *De orat.*, II, 63 ; Ps. Ascon., *loc. inf. cit.*; Tit. Liv., *Epitome*, LXIX), et les distributeurs de leur égoïste prodigalité. (Cic., *Pro Murena*, 27 ; *Ad Att.*, I, 16 ; *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 139, p. 311, note 11.) Leur nom vient de *dividere*, qui signifie distribuer. (Voy. dans Plaute, « *Dividere argenti nummos ; dividere argentum* »; *Aulularia*, vers 69 et 137. Cf. Cic., *Ad Att.*, I, 18 ; *In Verr.*, I, 8, 9 ; Ps. Ascon., *In Verr.*, I, 8, p. 136 Orell. — Comp. sur tout ceci Loyseau, *op. cit.*, liv. III, ch. 1, n° 21.)

Notons enfin qu'il n'était point jusqu'aux femmes elles-mêmes, fussent-elles de mœurs paisibles et solitaires, qui, sollicitant pour leurs parents, pour leurs amis, ne se fissent ambitieuses en leur faveur : « ..... *Nihil secreti et ad otium repositi mores obstiterunt, quominus pro me... ambitiosa fieret* », a dit Sénèque (*Consol. ad Helv.*, 17 *in init.*) On peut ajouter à ce passage, relativement aux élections municipales, le n° 3700 du *Recueil* d'Orelli, où l'on verra, par quelques inscriptions relevées sur les murailles de Pompéi, que, dans les municipes aussi, les femmes prônaient leur candidat et se mêlaient d'élections ; les corporations, du reste, en faisaient autant (Henzen, n°s 7227, 7276, etc.) ; l'*ordo* lui-même avait son candidat. (Henzen, n° 7088 *a*.)

Nous sommes loin de l'époque où l'enthousiasme populaire venait spontanément et sans d'autre intérêt que celui de la chose publique, arracher au soc de sa charrue un Cincinnatus, pour le créer dictateur (Plutarch., *Héliog.*, trad. Amyot, éd. de Cussac, t. 10, p. 441 *in fine*), et où l'éclat de la vertu avait plus de prise sur le peuple que le nombre des sesterces répandus. — Comp., en ce qui concerne la brigue et ses excès, outre Cicéron, notamment dans ses *Orationes pro Plancio* et *pro Murena*, outre Q. Cicero, *De petit. cons.*, Rosinus, *Antiquitatum rom. corp.*, lib. VII, cap. 8, pp. 497 et sq., éd. Amsterdam (voy. *infra* note 22) ; Th. Mommsen, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, Kiel, 1843 ; *Röm. Gesch.*, V. 1, p. 7 ; V. 11, p. 494 ; Walter, *op. cit.*, 3e éd., t. 1, § 257, pp. 385 et suiv. ; Troplong, *Les élections consulaires à Rome*, dans la *Revue contemp.*, Paris, 1856, pp. 257-482 ; Roulez, *Sur les mœurs électorales de Rome*, Gand, 1858 ; Rein, *Ambitus*, dans *Pauly's Real-Encycl.*, t. 1 ; J. Gentile,

* Voir note 19, page 218.

revêtirent peu à peu ce caractère coupable auquel une ambition

---

Le elezioni e il broglio nella republica Romana. Studii d'istoria. In-16, 312 pp., Milan, Bernardoni ; MM. Dezobry, *op. cit.*, lettre XXVI, t. 2, pp. 1 à 20 ; Alb. Dupond, *De la constitution et des magistratures romaines sous la République*, Paris, 1877, pp. 133 et suiv.; E. Labatut (sous le pseudon. *Cremutius Cordus*, électeur romain), *La corruption électorale chez les Romains.* Voy. aussi M. Willems, *Le droit public romain*, 3e éd., Louvain, 1874, p. 234, auquel on pourra joindre un article intitulé *Des candidats au Sénat dans la Répub. rom.*, inséré dans la *Revue catholique* de Louvain, ne de nov. 1877.

A tous les auteurs de l'antiquité que nous avons cités, il convient d'en ajouter trois autres, tous trois contemporains de la vénalité des suffrages, et dont les passages sont très-souvent rapportés par les auteurs anciens (Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. 1, ne 22) ou modernes (voy. notamment Merlin, *Rép.*, mot OFFICE, ne I, note 2, et M. E. Durand, *op. cit.*, p. 13, note 2), parce que, en même temps qu'ils sont extrêmement probants, ils montrent en quelques lignes, au milieu des plaintes qu'ils ont consignées dans leurs écrits, les conséquences désastreuses auxquelles conduisit la brigue des suffrages :

« *Hinc rapti pretio fasces, sectorque favoris*
« *Ipse sui populus, letalisque ambitus urbi,*
« *Annua venali referens certamina campo...* »

dit Lucain dans sa *Pharsale*, liv. I, vers 178 et suiv.

« *Nec minor in Campo furor est, emptique Quirites*
« *Ad prædam, strepitumque lucri suffragia vertunt ;*
« *Venalis populus, venalis curia patrum.*
« *Est favor in pretio.....* »

dit à son tour Pétrone (*Satyric.*, CXIX, vers 39 et suiv., éd. Panck.) ; « *Ad summum in Republica nostra honorem, non animus, non virtus, non manus mittit, sed arca et dispensator* », s'écrie de son côté Quintilien. (*Declam.*, CCCXLV, éd. Burmann, Leyde, 1720, p. 727. — Comp. encore le passage de Sénèque, cité note 20, p. 225 *in fine*.)

(18) La cause de ce fait ne nous semble pas devoir être cherchée ailleurs, que dans la double considération suivante : si on réfléchit, d'une part, en se plaçant sous l'empire de la constitution républicaine, que l'on n'arrivait jamais à Rome aux fonctions publiques contre son gré, et sans s'y être préparé ; si, d'autre part, on ne perd pas de vue que le patriotisme et l'ambition instinctive qui en est comme l'apanage inséparable, et comme le revers naturel, formèrent l'un des leviers les plus puissants de la cité romaine, on aboutira à une conclusion très-favorable à l'antiquité de la brigue. Telle est aussi la pensée de Mommsen. (*Handb.*, 2e éd., t. 1, p. 481, Bewerbung.)

(19) Les règles relatives à la brigue, si tant est que ces premiers usages méritent un pareil nom, semblent avoir été, de très-bonne heure, l'objet d'une réglementation conventionnelle. De ces pratiques, la plus ancienne, et, à vrai dire, la plus naturelle, celle même d'où vient le nom d'*ambitus* (Macrob., *Saturn.*, I, 14), consistait pour le candidat à se promener au Champ de Mars ou sur le Forum, autour des électeurs, — (Varron, *De lingua lat.*, 5, 28 : « *Qui populum candidatus circum it, ambit, et qui aliter atque decet ambit* [c'est, d'après Mommsen, *loc. cit.*, note 2, une idée de ce genre que renferme probablement la leçon vicieuse *aliter facit indagabili*], *ex ambitu causam dicit* » ; Cf. Val. Max., IV, 5, 4, et Cujas, *opp.*, t. 2, coll. 521 et suiv., Prati, 1864 ; Festus, *Epitom.*, p. 16, éd. Panck., t. 194, p. 30, vo AMBITUS : « *Ambitus dici cœptus est a circumeundo et supplicando.* » *Junge :* Non., IV, 21 ; P. Diac., vo AMBITUS ; Isid., *Orig.*, V, 26. Cf. *infra* § 2, note 12) — et, en serrant la main de chacun, à le prier de lui donner sa voix. (*Prensare*, au sens technique ; Cic., *Ad. Att.*, I, 1, 1 ; *De*

déréglée, aussi peu maîtresse d'elle-même qu'elle était peu sou-

---

orat., I, 24, 110 ; Val. Max., IV, 5, 4, a reproduit l'anecdote que Cicéron raconte dans ce passage, au sujet de L. Crassus, consul en 659. Cf. *manum apprehendere*, Val. Max., VII, 5, 2, et les locutions grecques παρακαλεῖν καὶ δεξιοῦσθαι τοὺς πολίτας, Plutarch., *Coriol.*, 14 ; ἀσπασμούς τε καὶ δεξιώσεις καὶ φιλοφροσύνας, οἷς ὑποτρέχοντες οἱ πολλοὶ τὸν δῆμον ἐκτῶντο, Plutarch., *Æmil. Paul.*, 2. Cf. Mommsen, *ubi supra*, note 3.) Cette coutume, bien que n'ayant jamais été interdite, se vit plus tard légalement limitée à certains égards. Ainsi le plébiscite de l'an 397 U. C., connu sous le nom de *lex Pœtelia*, paraît avoir défendu de *nundinas et conciliabula obire*, c'est-à-dire avoir limité à la ville de Rome la brigue publique. (Tit. Liv., VII, 15, 13. Voy. *infra* note 22.) Mais la nature même de ses dispositions, on peut le dire, ne le rendait pas viable ; aussi n'eut-il point de durée. Sans doute, la brigue s'est toujours cantonnée plus volontiers à Rome ; mais ce n'était là qu'une pratique de prédilection, et non une règle de rigueur, ainsi que nous le montre très-clairement Cicéron, par exemple, à la fin du septième siècle de Rome, quand il nous dit lui-même (*Ad. Att.*, I, 1, 2), au sujet de la brigue pour le consulat : « *Quoniam videtur in suffragiis multum posse Gallia, cum Romæ a judiciis forum refrixerit, excurremus mense septembri legati ad Pisonem, ut januario revertamur.* » (Cf. encore ce que nous rapporte cet auteur touchant la brigue d'Antoine, *Philipp.*, II, 30, 76 : « *qui... in proximum annum consulatum peteres, vel potius rogares, per municipia coloniasque Galliæ, qua nos tum, cum consulatus petebatur, non rogabatur, petere consulatum solebamus, cum gallicis et lacerna cucurristi.* ») De même, au commencement du huitième siècle, en l'an 704, nous voyons César parcourir les municipes et les colonies de sa province, « *ut... se et honorem suum sequentis anni commendaret.* » (*De bell. gall.*, VIII, 50. Cf. Mommsen, *ubi supra*, note 4.) — En ce qui concerne l'époque à laquelle le candidat voulait mettre en œuvre ce procédé de la *prensatio*, déjà si étrange pour les Romains (« *inepta res* », dit Valère Maxime, IV, 5, 4, d'après Cicéron, *De orat.*, I, 24, 110), s'il est vrai de dire que sa fixation dépendait tout naturellement du libre arbitre de l'intéressé, il faut cependant ajouter qu'il était de coutume, au temps de Cicéron, pour le consulat du moins, de commencer cette brigue anodine environ un an avant l'élection, par conséquent quelque chose comme seize ou dix-sept mois avant d'entrer en charge. Ainsi, Cicéron commença la *prensatio* le 17 juillet 689. (Voy. les renvois ci-dessus et Mommsen, *eod.*, p. 481, note 3.) Il fut élu en juillet 690 et prit possession du consulat le 1er janvier 691 ; et on le voit exprimer des blâmes, au sujet de la *præpropera prensatio* de l'un de ses concurrents. De même César commença à briguer dès l'an 704 le consulat qu'il ne devait exercer qu'à partir du 1er janvier 706. C'est ce délai que Cicéron (*Ad famil.*, X, 25, 2) désigne comme *usitatum et quasi legitimum tempus ad petendum (quasi legitimum*, pour bien marquer que sa complète observation n'est qu'une affaire de convenance coutumière, et non de nécessité légale), et, ainsi qu'il l'écrit ailleurs (*In Vatin.*, XIV, 37), comme le *biennium, quo quis petat petiturusque sit*, dans lequel le candidat ne doit pas donner de jeux de gladiateurs. (Voy. là-dessus Mommsen, *ubi supra*, p. 482, note 1.)

L'imagination fertile des candidats ne s'arrêta pas là. Ils inventèrent deux autres moyens qui leur procurèrent l'avantage, en affichant extérieurement leur candidature, de la faire connaître à leurs concitoyens, et dont le premier fournit même l'étymologie du mot *candidatus*. (Voy. sur ce point Rosinus, *Antiq. Roman. corpus, loc. cit.* note 17, p. 217 *in fine*. — Les candidats se désignaient par les mots *candidati* ou *competitores* : Tit. Liv., XXXIX, 32 ; Cic., *Brutus*, 30 ; *Ad. Att.*, IV, 15, 7 ; Suet., *Cæs.*, 19 ; Spartian., *Sever.*, 3. Ce dernier terme est évidemment moins technique, en ce qu'il suppose une pluralité de concurrents. Cf. Cic., *Pro Murena*, 27 *in fine ; Pro Planc.*, 22 ; Val. Max.,

cieuse des moyens propres à la satisfaire, devait fatalement

IV, 5, 3. Voy. *infra*. Comp. en français, *candidats* et *concurrents* ou *compétiteurs*.)

Ils avaient d'abord l'habitude de paraître en costume de fête, c'est-à-dire de porter une toge blanche (*candida toga*, Tit. Liv., XXXVII, 57 ; Val. Max., III, 5, 1 ; IV, 5, 3), apprêtée avec de la craie (voy. *infra*), dont l'éclat particulier (Tit. Liv., IV, 25) attirait sur eux les regards. Cette coutume, bien que prohibée à l'origine, — (en l'an 322, un plébiscite prescrit « *Ne cui album in vestimentum addere petitionis liceret causa*, Tit. Liv., IV, 25, 13 ; voy. *infra*, note 22) — n'en devint pas moins générale, au moins à partir du sixième siècle. Et c'est en ce sens que Perse (Sat. 5, vers 177) parle spirituellement de la *cretata ambitio*, et que Isidore (*Orig.*, XIX, 24, 6) dit : « *Toga candida eademque cretata, in qua... ambiebant addita creta, quo candidior insigniorque esset.* » A ce motif a trait directement la phrase suivante, extraite d'un palimpseste du Vatican, publié par le cardinal Maï, qui le croit d'Asconius et le rattache au commentaire de ce grammairien sur Cicéron : « *Et solebant omnes candidati alba creta obliniri cervicem, ut populo notabiliores essent.* » (Ascon., *In* Cic., *Pro Planc.*, 34, p. 270, 5.20, Orelli, *Schol. Bobb.* Cf. Apulée, *Metam.*, IX, 12, éd. Hildebrand. Voy. à ce sujet M. Dezobry, *op. cit.* t. 2, p. 460, note sur la p. 5.) Au reste, Mommsen (*op. et loc. citt.*, p. 482, note 3) observe avec raison que la différence qui séparait la toge des candidats du vêtement ordinaire résidait non pas dans la couleur, mais dans l'éclat ; et c'est pour cela que Polybe (X, 4, 8) appelle ces toges τήβεννα λαμπρά, et que Sénèque (*Epist.*, V, 3) recommande, « *non splendeat toga, ne sordeat quidem.* » — Si le renseignement que nous avons puisé dans Tite-Live, *supra*, est exact, il en résulte que l'usage de la *candida toga* pour la brigue des charges est fort ancien, quoique la question de savoir quels sont les auteurs latins les plus reculés qui en font mention en ce sens, forme l'objet d'une vive controverse entre les savants d'outre-Rhin. D'après Mommsen (*op. cit.*, t. 1, p. 482, note 3), le plus vieux témoignage qui existe à ce sujet se rencontre, en dehors de Tite-Live, dans le passage précité de Polybe, où cet auteur, parlant de l'édilité de l'Africain *Senior*, se réfère par conséquent à l'année 541, et où il poursuit : Τοῦτο γὰρ ἔθος ἐστὶ τοῖς τὰς ἀρχὰς μεταπορευομένοις. Tite-Live (XXXIX, 39, 2) dit de Q. Fulvius Flaccus (*ædilis curulis designatus*, d'après lui ; comp. toutefois, sur ce passage, l'interprétation de Mommsen, *op. et loc. citt.*, p. 495, note 2, qui accuse l'auteur latin d'avoir commis un méchant contre-sens), Tite-Live dit de Q. Fulvius Flaccus, lequel en l'an 570 briguait la préture, et, par suite, portait la *prætexta*, que « *is, quia ædilis curulis designatus erat, sine toga candida, sed maxima ex omnibus contentione petebat.* » (Cf. *etiam* Val. Max., *locc. sup. citt.*) M. Studemund, cité par Mommsen, estime cependant que, dans les mentions qu'ils font de la *toga candida*, les poètes comiques ont déjà pris cette locution dans son sens technique, et il cite à l'appui Plaute, *Aulularia*, IV, 9, 6. Mais, d'après son contradicteur, il est tout aussi peu probable que, dans ce passage, Plaute songe à la brigue, qu'il est douteux que Titinius, dans le fragment 166 de Ribbeck, se réfère à un candidat, parce qu'ailleurs ce poète ne parle de la *candida* que comme d'un vêtement de fête, et par exemple comme d'un vêtement de noces. (Voy. *Rud.*, I, 5, 12, et *Cas.*, II, 8, 10 ; IV, 1, 9, d'après la communication de Studemund. — Comp. Mommsen, *eod.*, p. 393, note 2.) Mommsen ne reconnaît en cela, de même qu'en général dans la rareté des allusions à l'*ambitio* et dans la forme extrêmement réservée qui distingue le petit nombre de passages qui s'y rattachent — (M. Studemund renvoie à cet égard aux quatre passages suiv. de Plaute : *Trinumm.*, IV, 3, 26 ; *Persa*, IV, 4, 8 ; *Amph.*, *prol.*, 62 et sq. ; *Pœn.*, *prol.*, 38) — que l'effet de la censure romaine, en ce qui concerne les théâtres, censure partout si sévère, et surtout en ce point particulière-

amener les égoïstes ou les pervers dont elle s'était emparée.

---

ment délicat pour ceux qui donnaient des jeux. (Voy. M. E. Labatut, *La censure du théâtre chez les Romains*, dans la *Revue hist.*, fév. 1868.) — Quoiqu'il en soit de cette grave question, beaucoup plus germanique qu'importante, tout ce que l'on peut affirmer de plus certain, c'est que l'usage de la *candida* comme moyen de brigue, remonte à une très-haute antiquité, et que, sous réserve de l'exactitude de l'assertion de Tite-Live, il est évidemment antérieur à l'an 322 de Rome. Mais de combien? Nous l'ignorons. — Si maintenant on lit dans Plutarque (*Quæst. Rom.*, 49 ; *Coriol.*, 14) que les candidats ne portaient que la *toga* sans *tunica*, cela tient, suivant l'explication exacte que Becker (1re éd.) a donnée de ce fait, à ce que, pour des motifs très-plausibles, c'est en matière électorale que le vieux costume du peuple s'est conservé le plus longtemps ; c'est néanmoins un point très-douteux que celui de savoir si tel fut l'usage général jusqu'à la fin de la République. (Voy. Mommsen, t. 1, p. 482, note 3 *in fine*.)

Le second procédé employé par les candidats, pour se mettre en montre, si l'on peut ainsi dire, consistait à se tenir, durant le vote, dans cette tribune élevée, où siégeait le Président de l'élection. (Voy. en ce qui concerne l'élection de P. Scipio, au commandement militaire d'Espagne, en 543 : Tit. Liv., XXVI, 18, 7; Polyb., X, 5, 2. Cf. Appian., *Hisp.*, 18 ; au sujet de celle de Paullus au consulat, pour 586 : Plutarch., *Paul.*, 10, passage qui a en vue l'acte électoral même qui, pour les élections consulaires, avait naturellement lieu au Champ de Mars, et durant lequel les candidats se tenaient sur cet endroit élevé dont parle Tite-Live.) L'indication de cette coutume permet de comprendre un passage de Valère Maxime, IV, 5, 3 : « ... *templo descendit* (Cicereius), *abjectaque candida toga competitoris sui suffragatorem agere cœpit*.... », et cette louange adressée par Pline à Trajan, *Panegyr.*, 63 : « ... *quod comitiis tuis interfuisti, candidatus non consulatus tantum... Vidit te populus Romanus in illa vetere potestatis suæ sede : perpessus es longum illud carmen comitiorum*, etc... » — Nous devons toutefois ajouter, au sujet de notre assertion, d'après laquelle les candidats se tenaient, durant le vote, époque à laquelle se réfèrent les auteurs précités, sur la même plate-forme que celle où le Président de l'élection avait sa place, que le langage de Macrobe (*Sat.*, I, 16, 35) diffère un peu de celui de ces auteurs : « *Candidatis usus fuit* », dit-il, « *in comitium nundinis venire et in colle consistere, unde coram possent ab universis videri.* » On peut cependant concilier ce texte avec les précédents, de deux manières fort simples : soit en disant que Macrobe a donné de l'usage dont s'agit une peinture erronée ; soit, ce que nous préférons de beaucoup, en disant que cet auteur s'est référé à la brigue qui précédait l'élection. (Comp. Mommsen, *eod.*, p. 482, note 2, et p. 485, note 2.) — Quant au mot *collis*, il est employé ici d'une façon très-impropre sans doute, comme synonyme et traduction des locutions *superior locus*, ἀπεδεδειγμένος τόπος, et *illa vetus potestatis populi sedes* de Tite-Live, de Polybe et de Pline, *locc. sup. citt.* Cette dernière assertion, dont nous revendiquons la responsabilité, en même temps que la personnalité, trouve, sinon sa justification, du moins sa raison d'être dans l'emploi par Valère Maxime du mot *templum* (*loc. sup. cit.*; voy. aussi Sénèque, *Epist.*, CXVIII), terme qui, bien que désignant généralement un lieu consacré à quelque acte religieux, se réfère cependant ici, par suite d'une extension évidemment abusive, au *superior locus* du Champ de Mars, où les candidats se plaçaient pour être en vue de toute l'assemblée ; d'où le mot *contemplari*. (Voy. *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 171, p. 127, note 41. — Comp. P. Barral et A. Rich, *Dict. des antiquités, hoc verbo* ; Dezobry, *op. cit.*, t. 2, p. 24, et p. 462, note sur la p. 24 *c.*)

Notons enfin que c'était aussi un usage suivi par les candidats, de se présenter officiellement devant le magistrat chargé de diriger l'élection, — (*profiteri*, Vell. Paterc.,

Le mal fit de si rapides progrès et jeta de si profondes ra-

II, 92 ; Sallust., *Catil.*, 18 ; Cic., *De leg. agrar.*, II, 9, 24 ; *nomen profiteri*, Tit. Liv., XXVI, 18, 5 ; *profiteri se petere*, *id.*, *eod.*, § 7 ; Ascon., *In Cornel.*, p. 89 Orelli ; *professio nominis*, παραγγελία, dit Appian., *Bell. civ.*, II, 8) — comme aussi de se faire agréer par lui (Cic., *In Pis.*, 2 ; *Fragm. in tog. cand.*; Appian., *Bell. civ.*, *eod.*) et de faire insérer leurs noms dans la liste officielle des concurrents. (Voy. Plutarch., *Paul.*, 3, et *Sulla*, 5.) Becker, toutefois (1re éd.), réfuté en cela, à très-juste titre, par Marquardt (*ibid.*) et Mommsen (*op. et loc. citt.*, p. 483, note 1), a soutenu à tort que la *professio* avait lieu, non devant le magistrat, mais devant la cité. Cette opinion ne saurait résister aux textes précités de Plutarque qui ont échappé à Becker, et surtout au sens technique du mot *profiteri*, qui désigne toujours une déclaration faite devant l'autorité compétente (voy. par ex. *lex Julia municipalis*, linn. 1 et suiv. ; Giraud, *Novum Enchirid.*, cap. 1, pp. 616 *in fine* et suiv.) et jamais devant la cité. Elle ne se trouve d'ailleurs pas en harmonie avec la nécessité, pour le magistrat, d'examiner la réunion, chez le candidat, des qualités requises pour l'élection, lesquelles n'étaient pas toujours très-apparentes. D'un autre côté, on ne comprendrait pas comment les candidats auraient eu le droit de faire une déclaration de ce genre devant le peuple ; car une déclaration *in contione* aurait nécessité l'intervention d'un magistrat (voy. Mommsen, *eod.*, p. 194, note 6), et il n'y a pas trace de cela ; ni à quoi elle aurait servi, puisque la *prensatio* et le port de la *candida toga* faisaient suffisamment apparaître la candidature. C'est pourquoi rien n'empêche, là où il est dit du fonctionnaire chargé de la direction de l'élection : « *In ea sententia esse ne nomen ejus acciperet* » (Tit. Liv., XXXIX, 39, 5. Cf. § 12), de rapporter ces mots, comme c'est le plus naturel, au refus de la part du magistrat de recevoir la *professio* du candidat, plutôt qu'à l'invalidation des votes, bien que nous reconnaissions avec Mommsen (*loc. cit. in fine*), l'admissibilité, en soi, de cette dernière opinion. — De ce que le magistrat qui, comme on le sait, et ainsi que le prouvent Tite-Live (XXXIX, 39), Asconius (*In Cornel.*, p. 89 Orelli) et Velleius Paterculus (II, 92), pouvait, dans certains cas et pour différents motifs, refuser de tenir compte de la candidature (*rationem non habere*, Tit. Liv., III, 64 ; VII, 22 ; VIII, 15. Cf. Ascon., *eod.*), ou d'inscrire sur la liste les noms de ceux qui ne lui semblaient pas réunir les conditions requises (*nomen non recipere*, Tit. Liv., X, 15 ; *nomen non accipere*, Cic., *Brutus*, 14, 55 ; Tit. Liv., XXVII, 6 ; XXXIX, 39. — Cf. *infra*) ; de ce que le magistrat, disons-nous, quand *profiteri vetat*, ne fasse pas toujours prévaloir son avis (il arrivait même parfois que le candidat était élu malgré le consul ; voy. Tit. Liv., VIII, 15 *in fine*), il ne faut pas conclure, comme le pense Becker, que la *professio* n'avait pas lieu devant lui. Cela s'explique, en effet, par cette considération que le Président des élections ne peut pas, *proprio motu*, forcer le candidat qu'il a réprouvé, à se retirer (Vell. Paterc., II, 92) ; ce qui n'a pas d'autre sens que celui-ci, savoir que, si le candidat refuse de renoncer à la candidature, ainsi que le magistrat l'exige de lui, le Président des élections n'est pas autorisé à considérer comme non avenues les voix exprimées en sa faveur (Mommsen, *eod.*, p. 453, note 1) ; mais il a le droit de *non renuntiare candidatum*, c'est-à-dire de refuser la proclamation. (Vell. Paterc., *loc. cit.* — *Renuntiare* est pris ici dans son sens technique qui est celui de proclamer, au propre ou au figuré. Ainsi, pour dire proclamer vrais tels ou tels évènements, on dit : *vera renuntiare* ; voy. Tit. Liv., XXV, 3. Ce serait une grave erreur de le traduire par renoncer, bien que cependant il ait parfois ce sens. Voy. notamment Novelle CXXXVI de Justinien, cap. 1 : « ... *Unicuique integrum est his, quæ ipsi a lege data et concessa sunt, renuntiare.* Cf. Const. 29, *De pact.*, C. Just., II, 3 ; L. 4 § 4, fr. Ulp., *Si quis cautionib.*, D., II, 11. Il est alors synonyme de *contemnere*. Voy. L. 41, fr. Julian., *De minor.*, D.,

cines (20)*, que, lorsqu'on voulut remédier au désordre, il n'en

---

IV, 4.) — Et telle est la raison pour laquelle on voit, d'une part, la *lex Julia municipalis*, *lin.* 132 (Giraud, *Nov. Enchirid.*, p. 623, cap. IX *in fine*), interdire non-seulement « ... *rationem comitieis conciliove* [*habere*] », mais aussi de « ... *creatum esse renuntiare* », et, d'autre part, les consuls de l'an 294 déclarer pareillement « *ne quis L. Quinctium consulem faceret; si quis fecisset, se id suffragium non observaturos* » (Tit. Liv., III, 21, 8), et enfin C. Piso répondre en qualité de consul, 687 U. C., à la question : « *Palicanum num suffragiis populi consulem creatum renuntiaturus esset ?... Non renuntiabo.* » (Val. Max., III, 8, 3. — Cf. Mommsen, *eod.*, p. 453, note 4.)

Tandis que l'*ambitio*, la *prensatio* et la *toga candida* ne furent jamais que des moyens de mendicité électorale, consacrés par la tradition et tolérés par le Pouvoir, et ne s'élevèrent jamais plus à la hauteur d'une véritable institution que les usages reçus en matière de fiançailles et de noces, la *professio*, bien que son origine ne dérive certainement pas d'une loi, et qu'elle ne paraisse encore à la fin du sixième siècle n'avoir fonctionné que comme pratique adoptée, plutôt qu'à titre de nécessité (voy. en ce sens Tit. Liv., XXXIX, 39), la *professio*, disons-nous, semble, dans les derniers temps du moins de la République, avoir été dotée par le législateur d'une réglementation particulière, quoique transitoire, qui en fit pour l'éligible une condition spéciale de capacité, dont l'inobservation totale ou partielle entraînait l'exclusion de l'élection. — Sans nous attarder sur ce point, nous nous bornerons à signaler les trois règles nouvelles suivantes :

α. — D'abord la *professio* dut se produire un certain temps avant l'élection. (Sallust., *Catil.*, 18 : « *Post paulo* [après la condamnation qui eut lieu, en 688, des premiers consuls élus pour 689] *Catilina pecuniarum repetundarum reus prohibitus erat consulatum petere, quod intra legitumos dies profiteri nequiverit.* ») Dès lors, la liste des candidats, au lieu de rester ouverte, comme par le passé, jusqu'au dernier moment, à tel point qu'au jour même où l'élection devait avoir lieu, le candidat pouvait encore *profiteri*, ainsi que le prouvent les deux élections de P. Scipio au commandement proconsulaire supérieur de l'Espagne, 543, et de Paullus au consulat pour 586 (voy. *supra*), fut close à l'époque à laquelle nous nous plaçons toujours à jour fixe (Appian., *Bell. civ.*, II, 8), c'est-à-dire le jour où était rendu l'édit de convocation des comices (*edicta comitia;* Suet., *Cæs.*, 18), par conséquent un *trinundinum* (soit 27 jours) au moins avant l'élection. (Ce sont incontestablement là les *legitumi dies* dont parle Salluste, *supra.*) Cela ressort avec évidence de cette phrase de Cicéron (*Ad famil.*, XVI, 12, 3) : « *Ad consulatus petitionem se venturum, neque se jam velle absente se rationem haberi suam : se præsentem trinum nundinum petiturum.* » (Cf. Macrob., *loc. sup. cit.* ; Tit. Liv., VII, 22 ; XXVI, 18.) Si César, d'après Suétone, *loc. cit.*, brigue le consulat pour 695, *edictis jam comitiis*, ces mots ne signifient pas autre chose, sinon que César fit sa *professio* le jour même où l'édit fut rendu, ce qui concorde avec ce témoignage exprès d'Appien (*Bell. civ.*, II, 8), que César ne fit sa *professio* qu'au dernier jour du délai. Et en effet, le *trinundinum* ne devait commencer à courir que le lendemain du jour où l'édit avait été publié. (Comp. sur ce délai *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 139, p. 126, note 29.)

β. — En second lieu, la *professio* dut se faire dans l'intérieur de la ville, et probablement au *Comitium* seulement. (Voy. Plutarch., *Cæs.*, 13. Cf. Appian., II, 8 ; Suet., *Cæs.*, 18, et Dio, XXXVII, 54.)

γ. — Enfin, on prescrivit aux candidats de faire leur *professio* en personne. (Cic., *De leg. agrar.*, II, 9, 24. Cf. *Schol. bobb.*, p. 302 Orell. ; Appian. et Suet., *locc. citt.*; Lange, *op. cit.*, III, 368 ; G. Humbert, dans le *Dict. des antiquités* de MM. Daremberg

* Voir note 20, page 225.

était déjà plus temps, et que le secours du législateur fut impuissant

---

et Saglio, v° ABSENS, II.) Cela revenait à dire qu'il fallait être à Rome au moment des comices, ou, si l'on préfère, que la *petitio honorum* était interdite à l'absent. (Cic., *Ad famil.*, XVI, 12; Sallust., *Jug.*, 114 ; Florus, IV, 1 ; Suet., *Cæs.*, *eod.* ; Plutarch., *Pomp.*, 56 ; *Cæs.*, 13 ; *Cato min.*, 31 ; Appian., *op. et loc. citt.*) Cette dernière exigence, dont l'apparition ne paraît pas être antérieure à 692 (voy. Mommsen, *op. cit.*, *eod.*, p. 486, note 1), et qui fut confirmée de nouveau dans la loi de Pompée, *De jure magistratuum*, de l'an 702 (Dio, XL, 56 ; Suet., *Cæs.*, 28 ; Cf. Cæs., *De bell. civ.*, III, 82), eut pour résultat de mettre obstacle à l'élection d'un absent, laquelle était, on le sait, possible auparavant, sans même que cela sentît l'exception. (Voy. pour les consuls et les préteurs : Tit. Liv., X, 22, 9 ; XL, 43, 4 ; pour les édiles curules : *id.*, XXIX, 12, 12 ; XXXI, 50, 6 ; Cic., *Acad. prior.*, II, 1, 1, et Plutarch., *Luc.*, 1 ; pour les tribuns de la plèbe : Tit. Liv., IV, 42, 1 ; c. 48, 1 ; VIII, 22, 4. — En ce qui concerne les élections sacerdotales, il ressort d'un passage très-formel de Cicéron, *Ep. ad Brut.*, I, 5, 3, que si là aussi existait la liste des candidats et que si la *professio* y était obligatoire, à tout le moins n'était-il pas nécessaire de la faire en personne. M. Houdoy, *Le droit municipal*, p. 181, a donné au passage de Cicéron une portée beaucoup trop absolue.) Et nul n'ignore que le débat qui eut lieu à cet égard, sur le point de savoir s'il fallait ou non faire une exception en faveur de César, dans les élections pour l'an 706, a été la cause immédiate de la guerre qui devait amener la fin de la République. — En l'an 702, mais avant l'apparition de la loi générale de Pompée, il avait d'abord été décidé, par un plébiscite spécial, que, dans la prochaine élection consulaire, César pourrait légalement faire sa *professio*, lors bien qu'il dût être considéré comme absent. (Voy. Cæs., *De bell. civ.*, I, 9 et 32 ; Cic., *Ad Att.*, VII, 3, 4 ; *ep.* 7, 6 ; VIII, 3, 3 ; *Ad famil.*, VI, 6, 5 ; *Phil.*, II, 10, 24 ; Suet., *Cæs.*, 26 ; Florus, II, 13 [4, 2, 16] ; Dio, XL, 51 ; Appian., *Bell. civ.*, II, 25.) Lorsque, plus tard, fut publiée la loi de Pompée, comme elle ne contenait aucune exception en faveur de César, on y fit une addition sur la plainte de ce dernier. « *Acciderat autem* », dit Suétone (*Cæs.*, 28), « *ut is* (Pompeius) *legem de jure magistratuum ferens, eo capite, quo a petitione honorum absentes submovebat, ne Cæsarem quidem exciperet, per oblivionem; ac mox, lege jam in æs incisa, et in ærarium condita, corrigeret errorem.* » C'est-à-dire, ainsi que l'exprime Dion (XL, 56) : Προσέγραψε τῷ νόμῳ τὸ μόνοις αὐτὸ ἐξεῖναι ποιεῖν, οἷς ἂν ὀνόματί τε καὶ ἀντικρυς ἐπιτραπῇ. (Cf. Cic., *Ad Att.*, VIII, 3, 3.) Mais il va sans dire que les adversaires de César, notamment le consul Claudius Marcellus, déclarèrent ensuite cette addition nulle, et exigèrent « ... *ne absentis ratio comitiis haberetur, quando* NEC *plebiscito Pompeius postea obrogasset.* » (Suet., *loc. cit.* — Telle est, du moins, la leçon assez obscure que nous trouvons dans l'éd. Panck., et qui est, paraît-il, conforme au manuscrit. Gronovius avait incorrectement corrigé *nec* par *et*. Voy. *Bibl. lat.-franç.* de Panck., t. 139, p. 129, note 61. D'autres éditions portent *quando de ea re* ; voy. Mommsen, *op. cit.*, t. 1, p. 486, note 3 *in fine*. — Comp. encore sur ce passage, Mommsen, *Röm. Gesch.*, III, 9, p. 343, 2e éd., et *Die Rechtsfrage zwischen Cæsar und dem Senat*, Breslau, 1857.) — Après César, il ne fut plus guère question de la *professio* officielle. Ce qui le prouve, c'est la plaisante élection d'Auguste au consulat, durant son absence en l'an 711. (Appian., *Bell. civ.*, III, 90 ; Dio, XLVI, 45. Cf. *Monum. Ancyr.*, I, 31, dans Egger, *Latini sermonis reliquiæ*, Append., § XIII, et surtout *Examen critique des historiens anciens de la vie d'Auguste*, Paris, 1843, pp. 30 et suiv., et Append. III, pp. 412 et suiv., où l'on trouvera de très-savants commentaires. Voy. aussi, dans les *Fragmenta historicorum Græcorum* de Didot, ce même monument d'Ancyre ; consulter enfin les auteurs cités dans la *Real-Encyclopädie* d'Aug. Pauly, t. 5, v° MONUMENTUM ANCYRANUM, et la traduction de M. G. Perrot, insérée dans l'*Histoire*

à en arrêter la marche (21)*. C'est ainsi que, dans l'espace de

---

des Romains de M. Duruy, t. 3, Append., pp. 557 et suiv. Joindre *Res gestæ divi Augusti*, avec comment., par Th. Mommsen, Berlin, 1865, et *Corpus I. L.*, III, pp. 770 et suiv.) Il y a plus ; l'empereur, à raison des intrigues électorales qui eurent lieu en l'an 733, défendit à ceux qui briguaient le consulat, d'assister à l'élection (Dio, LIV, 6), et il est possible que cette prescription soit devenue générale dans la suite. (Voy. Mommsen, *Handb.*, *eod.*, p. 487, note 1. — Comp. au surplus, sur la *professio* envisagée comme condition d'éligibilité, le même auteur, pp. 484 et suiv. ; Willems, *op. cit.*, p. 233; Becker, *Handb. der röm. Alterth.*, II, 2, pp. 47 et suiv., Leipz., 1846; Rein, dans la *Pauly's Real-Encyclop.*, v° ABSENS, p. 20, 2e éd., 1862 ; Lange, *Röm. Alterth.*, I, § 80, p. 607, 2e éd., Berlin, 1863. — Voy. d'ailleurs sur cette note, Rosinus, *loc. cit.*, note 17, p. 217 *in fine*.)

Quant à la *professio* des candidats aux magistratures municipales, elle était en principe personnelle. (Voy. *lex municip. Malacit.*, c. LI, chapitre fort intéressant ; Giraud, *Nov. Enchirid.*, p. 631. Comp. MM. Houdoy, *op. cit.*, p. 180, et Klipffel, *Etude sur le régime municipal Gallo-Romain*, dans la *Nouv. revue hist.*, 1879, p. 181.) Ce n'était là, toutefois, qu'un principe qui laissait place à l'exception, et l'on a plusieurs exemples de cas où, contrairement à ce qui eut lieu à Rome, dans les derniers temps de la République, un absent pouvait briguer ces sortes de magistratures. Sans doute, le fait que Milon, dictateur de Lanuvium, où il se rendait parfois pour remplir les devoirs de sa magistrature — (témoin le jour de l'assassinat de Clodius, à son retour d'Aricia, sur la *via Appia*, près de Bovilles, ann. U. C. 702 ; Cic., *Pro Mil.*, 10 ; Ascon., *In Milonian.*, p. 32 Orell.; Quintil., *Inst. orat.*, VI, 3) — habitait Rome, ne serait évidemment pas à lui seul concluant en ce sens. (Comp. M. Houdoy, *op. cit.*, p. 181.) Mais l'élection par ses *municipes* de Cælius durant son absence, vient bien à l'appui de notre assertion. (Cic., *Pro M. Cœlio*, II, 5.) Elle est, en effet, postérieure à l'an 692, puisque c'est à l'âge de cinquante et un ans que Cicéron défendit Cælius, par conséquent en l'an de Rome 698 = 56 *ant. Ch.*, et qu'il parle aux juges de son client comme d'un *adolescens*. (*Eod.* — Voy. dans les *Memorabilia vitæ Ciceronis per annos digesta*, t. 6, p. 121, des *Opera Ciceronis* d'Orelli.) On sait, au reste, que la présentation par le magistrat finit par devenir la règle, et que, plus tard, elle supplanta la *creatio*. (Durand, *Du régime municipal chez les Romains*, p. 64, Versailles, 1867 ; Houdoy, *op. cit.*, pp. 184 et suiv. — Comp. § 2, note 25.)

(20) Dans les dernières années de la République, la corruption électorale était si bien ancrée dans les mœurs, que le mal était irréparable. Les magistrats en charge donnaient eux-mêmes l'exemple. Ne vit-on pas le Sénat favoriser certaines élections ? C'est à peine si, dans les fastes des illustrations romaines, nous rencontrons un seul homme qui n'ait pas recherché les suffrages populaires par des moyens illégaux : nous avons nommé Caton d'Utique. — Il n'était point jusqu'aux juges, que Cicéron qualifie quelque part (*Ad Att.*, I, 16) de *nummarii* (Cf. *Judices emere*, *eod.*, *infer.*), qui ne fussent devenus vénaux. Qu'on se rappelle, en effet, le début de la première action contre Verrès (Cf. act. I, 7) ; et ce que Cicéron rapporte plus bas au sujet de leur vénalité dans ses mêmes *Verrines* (act. II, lib. III, 62, éd. Panck.) est confirmé en général par les faits qu'il expose dans son plaidoyer *Pro Cluentio* (*passim*, et notamment n° 36. Cf. *Ad Att.*, I, 17. Voy. aussi Pline le Naturaliste : « *Quod antea militares equi nomen dederant, hoc nunc pecuniæ judices tribuunt.* » *Hist. nat.*, XXXIII, 7. Cf. Claudian., *In Rufin.*, lib. II, v. 200 et sq. : « ... *huc improbe legum Venditor...* », et surtout Sénèque : « *Hæc ipsa res quæ tot magistratus, tot judices detinet, quæ et magistratus et judices facit, pecunia, ex quo in honore esse cœpit,*

* Voir note 21, page 227.

moins d'un siècle et demi (entre les années 595 et 736 de Rome =

---

verus rerum honor cecidit : mercatoresque et venales invicem facti, quærimus, non quale sit quidque, sed quanti... etc. » *Ep.* 115. Consulter enfin, en ce qui concerne le Bas-Empire, qui nous offre ici comme ailleurs un triste spectacle, la const. 7, *De offic. rect. prov.*, C. Th., I, 16, et le tableau que Procope, *Hist. arc.*, cap. 13, trace de Justinien, qu'il représente comme vendant ses lois et ses jugements.) — D'ailleurs, la vénalité du juge romain semble avoir attiré de bonne heure l'attention du législateur, puisque, au témoignage d'Aulu-Gelle (*Noct. att.*, XX, 1, 7), la loi des XII tables la punissait déjà de la peine capitale. (Cf. Cic., *In Verr.*, I, 13; II, 2, 32, Zumpt. Voy. Giraud, *Nov. Enchirid.*, *e tab.* IX, 3, p. 22.) La loi *Julia ambitus* punissait d'une amende de cent *aurei*, au profit du fisc, l'accusé ou l'accusateur qui visitait le juge. (L. unic. § 4, fr. Modest., *De leg. Jul. amb.*, D., XLVIII, 14. Cf. Dio, LIV, 16.) Peut-être bien punissait-elle aussi le juge qui visitait les parties. (Voy. M. Humbert, dans le *Dict. des ant. gr. et rom.* de MM. Daremberg et Saglio, v° AMBITUS, p. 224.) — Notons, à cet égard, que la préface placée en tête du texte de la loi des Bourguignons, et qui est évidemment composée de deux préfaces, l'une du roi Gondebaud, l'autre du roi Sigismond (*sic :* M. Guizot, *Hist. de la civ. en Fr.*, 14e éd., t. 1, p. 297 *in fine*), punissait également de mort la vénalité des juges. (Voy. la traduction de cette préface dans M. Guizot, *op. et loc. citt.*, pp. 298 et suiv.) — Mais on sait que le fléau sévit durant de longs siècles encore et que les moralistes des temps modernes eurent à le flétrir dans leurs écrits. (Voy. à ce sujet le discours de rentrée prononcé à la Cour de Paris, le 4 nov. 1879, par M. l'avocat général Loubers : *Etude sur l'ancienne Magistrature, d'après les moralistes français*, *passim*, *Gaz. Trib.* du 6 nov.)

A Rome, le crime dont nous parlons était traité comme ceux de corruption et d'exaction de la part des magistrats. (Voir sur ce point Roszfeld, *op. cit.* note 22, lib. VIII, cap. 30, pp. 649 et suiv., éd. 1743; Paul. Manut., *Lib. de legib.*, cap. 29, p. 857, éd. citée note 22; Rudorff, dans Savigny *Zeitschr.*, XII, 136-148; Rein, *Criminalrecht*, pp. 604-672; C. T. Zumpt, *De legib. judiciisque repetundarum in repub. Romana commentationes duæ*, Berolini, 1845, in-4; *Commentatio* 3e, Berolini, 1847, 4; F. Walter, *Gesch. des röm. Rechts*, 3e éd., Bonn, 1860-1861, t. 2, n° 814, pp. 472 et suiv.) Ce crime était par conséquent régi et réprimé par les *leges* et les *judicia repetundarum*. (Voy. Cic., *Pro Cluent.*, 37; *In Verr.*, I, 13; LL. 3 et 7 pr., fr. Macer, *De leg. Jul. rep.*, D., XLVIII, 11; L. 38 § 10, fr. Paul., *De pœnis*, D., XLVIII, 19; Paul., *Sentent.*, V, 28.) La première de ces lois (voir Alex. ab Alex., *Genial. dier.*, lib. I, cap. 9, t. 1, pp. 69 *in fine* et suiv., éd. citée note 22), sur la plupart desquelles s'élèvent de nombreuses controverses, date de l'an 605. C'est la *lex Calpurnia* de L. Piso Frugi. (Cic., *In Verr.*, act. II, III, 84; IV, 25; *Brutus*, 27; *De Off.*, II, 21.) Elle fut suivie :

1° De la *lex Junia;* la seule mention qui en soit faite se trouve dans les *Fragmenta legis Serviliæ* (Cap. 8, 22; Giraud, *Nov. Enchir.*, p. 600);

2° De la *lex Acilia*, dont on ne connaît qu'une disposition touchant la procédure (Cic., *In Verr.*, I, 17; II, 1, 9; *ibiq.* Ps. Ascon., pp. 149. 165 Orell., *Cic. scholiast.*), et qui, suivant les auteurs, est considérée comme étant postérieure à la *lex Servilia* (*sic :* Klenze, Göttling, Rein), ou comme lui étant antérieure. (*Sic :* Orelli, *Index legum*, v° ACILIA; Geib, *Röm. Criminalproc.*, p. 373; Zumpt, p. 18; Rudorff, I, § 31, note 4; Walter, *op. et loc. citt.*, p. 473, note 184; Mommsen, C. I. L., I, p. 56, et notre ami M. Beaudouin, *Le majus et le minus Latium*, dans la *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.*, pp. 27 et suiv. et pp. 124-3e et suiv. Voy. le commentaire de la *lex Acilia* par Mommsen, dans le 1er vol. du C. I. L. — D'après ces derniers auteurs, la *lex*

159 et 18 av. J.-C.), on assistait au spectacle aussi singulier que

---

Acilia serait de 631 ou 632 = 123 ou 122 a. Ch., et la *lex Servilia* de 643 = 111 a. Ch.) Beaucoup d'auteurs, et Klenze notamment, estiment que la *legum tabulæ Bantinæ Lex Romana* — (voir Haubold, *Monumenta*, p. 74 ; Mommsen, C. I. L., *seu Berol.*, I, pp. 45 et suiv. ; Bruns, *Fontes*, p. 47 ; Giraud, *Juris Rom. antiq. vestigia, fragm., monumenta*, pp. 139 et suiv., et *Nov. Enchir.*, pp. 607 et suiv.) — est un fragment de cette *lex Acilia*, dont les débris incertains sont publiés dans le 1er vol. du C. I. L. et dans la *Jurispr. ante-justinianea* de Huschke, 1874. (*Contra* Walter, *eod.*, qui renvoie à Göttling, *Urkunden*, p. 44, et à Rein, *Privatrecht*, p. 12) ;

3° De la *lex Glaucia*, du tribun C. Servilius, entre 605 et 643, d'après M. Giraud (*Juris Rom. antiq. vestig.*, p. 120, note 1, et *Nov. Enchir.*, p. 596, note 1), ou entre 648 et 654, d'après Walter (*op. cit.*, p. 473. Comp. MM. Mommsen et Beaudouin, *opp. et locc. supra citt.*) Voy. les restitutions de cette loi, qui a donné lieu à bien des controverses (Walter, *eod.*, note 185), et qui était gravée sur l'autre face de la table où on a découvert les fragments de la *lex agraria*, dite vulgairement *lex Thoria* (voy. Giraud, *eod.*), dans Klenze, *Frag. leg. Servil. repetund.*, Berol., 1825, in-4 ; Göttling, *Urk.*, pp. 40-43 ; Bruns, *Fontes*, p. 35 ; 2e éd., 1871, p. 40 ; Mommsen, C. I. L., I, pp. 72, sq. ; Giraud, *opp. et locc. citt.* — Zumpt estime que les fragments gravés sur bronze qui nous en sont parvenus, ne constituent pas des parties de la *lex Servilia*, mais de la *lex Acilia*. Huschke (*Gajus*, p. 4) suit cette doctrine, et c'est pourquoi M. Giraud, dans son *Enchiridion*, *loc. cit.*, donne comme rubrique à ces fragments : *Lex Servilia seu Acilia repetundarum*. Voir aussi la note 1 de cet auteur, *loc. cit.* D'après Rudorff, I, § 31, 81, ces fragments n'appartiendraient pas plus à la *lex Acilia*, qu'à la *lex Servilia*, mais à une troisième loi inconnue. C'est, pour le dire en passant, cette *lex Servilia repetundarum* qui nous apprend, capp. 6, 7, 8, que les centumvirs étaient élus pour un an ;

4° De la *lex Cornelia*, de Sulla (Cic., *Pro Rabir. Post.*, 4), sous l'empire de laquelle surgit le procès de Verrès. (Voy. sur ce point Zumpt, pp. 42-50.) ;

5° Enfin, de la *lex Julia repetundarum*, de César. (Voy. sur cette loi détaillée : Cic., *Pro Sest.*, 64 *in fine Pro* ; *Rabir. Post.*, 4, 5. Cf. *Ad famil.*, VIII, 8 ; *Pro Flacco*, 6 ; *In Vatin.*, 12, *ibiq. Schol. bobb.*, p. 321 Orell. Peut-être le fragment qui se trouve à la p. 140 des *Monumenta* de Haubold lui appartient-il. Voy. Walter, *op. et loc. citt.*, p. 474, note 189.) Cette *lex Julia* est restée en vigueur jusqu'à la fin de l'Empire. Au Digeste, le titre 11 du livre XLVIII (voy. sur ce titre Domat, *Legum delectus*, fol. 167, Paris, in-fo, 1723), au Code Théodosien, le titre 27 du livre IX, au Code de Justinien, le même titre du même livre y sont relatifs. (Cf. § 11, *De publicis judiciis*, Inst., IV, 18.)

Avant l'apparition de ces lois, les habitants des provinces n'avaient de recours qu'au Sénat, contre la corruption et les exactions des magistrats ; ce grand corps chargea ensuite une commission, qui devait être nommée dans son sein, de l'examen de l'affaire, et de la fixation des dommages-intérêts. C'est ce qui eut lieu en 583, à la suite d'une plainte de la part des Espagnols. (Voy. Tit. Liv., XLIII, 2.)

(21) Les lois répressives contre la corruption électorale furent très-nombreuses. (Voy. texte et note 22.) Sans avoir l'intention de nous arrêter longuement sur un sujet qui ressortit beaucoup plutôt, par son caractère même, à la sphère du droit criminel qu'à la question de droit public que nous entendons traiter ici, nous nous bornerons à dire que de bonne heure déjà, on a cherché à réprimer l'*ambitus*, c'est-à-dire l'emploi des procédés illicites et coupables pour obtenir les charges publiques, au moyen de lois (Tit. Liv., IV, 25 ; VII, 15 ; IX, 26 ; XL, 19) et de peines sévères. (Polyb., VI, 56 [54].) Ces lois, dont la première apparition remonte pour nous au quatrième siècle de

terrifiant de l'échec successif de onze lois et de plusieurs autres tentatives de réaction contre la brigue des suffrages (22).

Rome (voy. *supra* note 19, et *infra* note 22), se succédèrent jusqu'à la fin de la République : variables dans leurs dispositions, leur sanction devint de plus en plus rigoureuse. Que, maintenant, il se soit écoulé plus de trois siècles, avant qu'il fût rendu des lois sur l'*ambitus*, cela s'explique aisément, si on ne perd pas de vue que les charges publiques furent, à l'origine, le prix de la vertu seule. (Voy. Alex. ab Alex., *in initio* du passage cité à la note suiv., ainsi que le début du présent paragraphe.)

(22) Elles se trouvent rapportées tout au long par Alessandre Alessandro (*Alexandri ab Alexandro genial. dier. lib. sex cum integris comment. A. Tiraquelli, D. Gothofredi, J. C. Christophori Coleri et Nic. Merceri;* Lugdun. Batav., 1673; voy. t. 1, lib. III, cap. XVII, pp. 755 et suiv.) et par J. Roszfeld (*J. Rosini antiquit. Romanar. corpus absolutiss.*, Bâle, 1583, in-f°., réimp. en 1743 à Amsterdam, in-4, *cum notis doctiss. ac locupletiss. Thom. Dempsteri;* voy. lib. VIII, cap. XXIX, pp. 647 et suiv. de cette dernière éd. — Consulter sur ces deux savants du seizième siècle, dont le premier était jurisconsulte napolitain, et l'autre antiquaire allemand : Bernhardy, *Grundlinien zur Encyklopädie der Philologie*, Halle, 1832, p. 316; *Nouv. Biographie gén.*, noms ALESSANDRE ALESSANDRO et ROSZFELD; et, sur Alessandre en particulier, Fabricius, *Biblioth. lat.*, p. 103.) — On consultera également avec fruit, sur les lois relatives à la brigue : les traités de Cicéron, aux divers passages desquels nous renvoyons ci-après; Pline le Jeune, *Epist.*, lib. VI, ep. 19; le chap. XXVIII du petit traité de Paul Manuce *De legibus* (*Pauli Manutii antiquit. roman. lib. duo, de legibus et de senatu*, imprimé à la suite de l'*Antiq. roman. corpus* de Roszfeld, éd. d'Amsterdam; voy. pp. 856 et suiv.), et surtout son traité *De comitiis*, Bologne, 1585, in-f°; Cujas, *Opp.*, éd. précitée, t. 7, col. 545, et coll. 1553 et suiv.; Gothof., éd. Ritter, t. 3, pp. 223 et suiv.; Sigonius, *De antiq. jur. pop. rom., de judiciis*, II, 30; Heineccius, *Antiquit. syntagma*, IV, 18, 77 — 79; Ferratius, *Epist.*, lib. I, epist. 13; Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. 1, n°s 15 et suiv.; Pothier, *Pandect.*, III, pp. 482 et suiv.; De Beaufort, *La Rép. rom.*, 1766, II et IV; *Index leg. rom. (passim) in M. Tull. Cic. opp. quæ supers. omnia ex recensione IO. Casp. Orell.*, Turici, 1837, vol. 8; Th. Mommsen, *De collegiis et sodalitiis Roman.*, Kiel, 1843, pp. 40-73; *Röm. Gesch.*, V, 1, p. 7; V, 11, p. 494; Rein, *Das Criminalrecht der Römer*, Leipz., 1844, p. 701; Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains*, Paris, 1845, p. 282; Rinkes, *Disputatio de crimine ambitus et de sodaliciis apud Romanos, tempore liberæ Reipubl.*, Lugd. Batav., 1854; Rudorff, *Röm. Rechtsgesch.*, Leipzig, 1857, I, p. 79, § 32; 1859, II, p. 399, § 121; F. Walter, 3te Aufl., 2e B., §§ 257 et 815, pp. 385 et suiv. et 475 et suiv.; A. W. Zumpt, *Das Criminalrecht der röm. Republ.*, II, 2, pp. 217-234, 245-268, 367-404, Berlin, 1869; Dezobry, *op. cit.*, t. 2, p. 20, sect. II, et pp. suiv.; Willems, *op. cit.*, 3e éd., p. 234 et surtout p. 235; Maynz, *Cours de droit romain*, 4e éd., Bruxelles, 1876, t. 1, p. 180, n° 95; p. 182, note 162; Alb. Dupond, *op. cit.*, pp. 135 et suiv.; Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et de Saglio, mot AMBITUS, II; M. Houdoy, *op. cit.*, pp. 181 et suiv.

Parmi les lois sur la brigue comitiale qui nous sont parvenues, la première que nous rencontrions, portant un nom, est la *lex Pœtelia*, plébiscite que fit adopter le tribun du peuple C. Pœtelius vers la fin du IVe s. U. C., l'an 396, d'après M. Humbert (*loc. cit.*, p. 223), l'an 397, d'après Mommsen. (*Handb.*, t. 1, p. 481, note 4. — Comp. *supra*, note 19.) Tite-Live (VII, 15 *in fine*) se contente de nous donner sur elle les détails suivants : «... *De ambitu ab C. Pœtelio tribuno plebis, auctoribus patribus, tum primum ad populum latum est : eaque rogatione novorum maxime hominum ambitionem, qui nundinas et conciliabula obire soliti erant, compressam credebant.* »

Ce fut dans ces circonstances que, déchiré par les guerres

(Voy. sur cette loi M. Isler, dans le *Rhein. Mus.*, N. S., 1873, t. XXVIII, pp. 473-478.) — Les mots *tum primum* de Tite-Live pourraient égarer, s'ils étaient pris dans un sens trop absolu. Lui-même, en effet, nous apprend (IV, 25), ainsi que la remarque en a été faite plus haut, note 19, qu'en l'an 322 U. C. = 432 a. Ch., les tribuns militaires L. Pinarius, Sp. Posthumius et L. Furius, exerçant l'autorité consulaire, avaient déjà proposé, *senatus auctoritate*, une *rogatio* (*lex*) pour détruire la brigue, « *tollendæ ambitionis caussa* », *rogatio* qui, malgré les violentes discussions qu'elle suscita entre le Sénat et la *plebs*, fut bientôt transformée en loi. Son dispositif est des plus curieux, en ce qu'il nous montre la brigue, nous l'avons vu, comme dans son innocence primitive. Il se contentait de défendre aux candidats *de mettre du blanc sur leur toge*, pendant les jours de candidature : « *Placet, tollendæ ambitionis caussa, tribunos legem promulgare, ne cui album in vestimentum addere petitionis liceret caussa.* » Et Tite-Live ajoute : « *Parva nunc res, et vix serio agenda videri possit, quæ tunc ingenti certamine patres ac plebem accendit.* » Cette loi, paraît-il, ne tarda pas à tomber en désuétude. (Laboulaye, *op. cit.*, pp. 282 et suiv. ; Zumpt, II, 2, p. 219.)

Ces deux plébiscites ne furent pas les seuls monuments législatifs qui précédèrent ceux auxquels il est fait allusion au texte. On se souvient qu'en l'an 440 U. C. la commission d'enquêtes décrétées par le Sénat contre la Campanie, à la tête de laquelle se trouvait le dictateur C. Mænius, interprétant largement l'ordre des *Patres*, vint continuer ses investigations à Rome, quand la Campanie cessa de leur offrir matière. « *Deinde, ut quæstioni Campanæ materia decessit, versa Romam interpretando res : non nominatim, qui Capuæ, sed in universum, qui usquam coissent conjurassentve adversus Rempublicam, quæri senatum jussisse ; et coitiones, honorum adipiscendorum caussa factas, adversus Rempublicam esse...* », dit Tite-Live. (IX, 26.) Le même auteur nous apprend qu'en l'an 573, «... *leges de ambitu consules* (P. Cornelius Cethegus et M. Bæbius Tamphilus) *ex auctoritate senatus ad populum tulerunt.* » (XL, 19 *in fine*.) Nous trouvons bien, il est vrai, à cette date, une *lex Cornelia Bæbia*, qui fut proposée au peuple avec l'*auctoritas* du Sénat, contre la corruption électorale proprement dite ; mais nous ne connaissons pas ses dispositions. Tite-Live (XL, 44 *in initio ;* voy. aussi *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 168, p. 121 *in initio*, note sur le chap. XLIV) ne fait qu'une seule fois mention, sous l'année 574, d'une loi portant ce nom, Bæbia, dont M. Labatut (*Hist. de la préture*, p. 59) fixe la date aux environs de l'an 560 (*sic :* Pighius. Voy. pour 573, Faure, *op. cit.*, p. 30 et p. 99, note 42, et les auteurs qui y sont cités), et encore n'est-ce que pour nous informer simplement que « *Prætores quatuor post multos annos lege Bæbia creati, quæ alternis quaternos jubebat creari...* » Quoi qu'il en soit, la *lex Cornelia Bæbia* nous offre l'exemple d'une loi portant les noms des deux consuls. Ce fait n'est d'ailleurs pas unique. (Voy. les *leges Valeria Horatia*, Tit. Liv., III, 55 ; Cic., *De Rep.*, II, 31, 54 ; *Gellia et Cornelia*, Cic., *Pro Balbo*, 16 ; *Julia et Titia*, Instit. Just., *De Atil. tut.*, I, 20, pr. ; *Cæcilia Didia*, Cic., *Pro domo*, 20 ; *Philipp.*, V, cap. 3 ; *Ad. Att.*, II, 9 ; cf. *Pro Mur.*, 8 ; *Acilia Calpurnia*, voy. *infra ; Licinia et Mucia de civibus regundis*, d'après Beaudouin, *op. et loc. citt.*, p. 21, texte et note 1, contraire en cela à un texte formel d'Asconius, *In Cornel.*, Orelli, *Cicer. Schol.*, p. 67, et aussi, dans une certaine opinion du moins, la *lex Junia Norbana*, Inst., *De libert.*, I, 5, § 3. — Voy. sur tout ceci M. Accarias, *op. cit.*, 3e éd., t. 1, p. 134, note 1.)

Une autre loi *Cornelia*, d'un âge incertain (voy. Willems, *op. cit.*, p. 235) et qui est probablement du consul Cn. Cornelius Dolabella (593), d'après Walter, *loc. cit.* (comp. Mommsen, *Handb.*, I, 2, p. 465, note 2), punissait la brigue par l'incapacité

civiles, et las des discordes intestines, nous rapporte Tacite au

---

durant dix ans d'occuper une magistrature. (Tit. Liv., *Epit.*, XLVII ; *Schol. bobb.*, *In Cic. pro Sulla*, 5, p. 361 Orell. Dans ce dernier passage, on mentionne une *lex Cornelia* avec la peine). Rudorff, I, § 32, rapporte cette loi au consul P. Cornelius Cethegus. (573, Tit. Liv., XL, 19. Comp. aussi M. Dezobry, *loc. inf. cit.*, et M. Humbert, *loc. cit.*) Quant à Mommsen, suivi par Rinkes et Zumpt, il la rattache à Sulla. — Il existe d'ailleurs des doutes sérieux au sujet des deux lois *Cornelia* dont nous venons de parler. Ainsi Sigonius et Heineccius nomment la loi *Cornelia Bœbia, lex Æmilia Bœbia*, parce qu'elle aurait été portée en 82 a. Ch. sous le consulat de Cn. Bœbius et de L. Æmilius Paulus. (Voy. sur ces deux lois Walter, *op. cit.* ; Huschke, *Zeitschr. f. civ.*, *Neue Folge*, 14, p. 4; Laboulaye, *op. cit.*, p. 285, note 1.) Suivant Heineccius (*Antiquit.*, IV, 18, 78), la loi *Æmilia Bœbia* aurait interdit les largesses des candidats (Non. Marc., *De compendiosa doctrina per litt. ad filium*, VII, 19, v° LARGI), et la loi *Cornelia Fulvia* les aurait punies de l'exil en 159 a. Ch. (Plin., *Hist. nat.*, XXXV, 41.) — Mais quant à rattacher à la *lex Cornelia Bœbia*, l'incapacité pendant dix ans d'exercer une magistrature, en se fondant, comme le fait M. Humbert, sur le chap. 19 du liv. XL de Tite-Live, c'est moins que concluant, cet auteur gardant un silence absolu sur le contenu des dispositions de la loi. (Voy. *supra*.)

Les abus allèrent toujours grossissant, malgré les deux lois *Gabinia* et *Maria*. (Voy. sur elles Cic., *De leg.*, III, 17 ; Plutarch., *Marius*, 4 à 7 ; Laboulaye, *op. cit.*, p. 286.) Par la première, de 614 ou 615 de Rome (voy. MM. Dezobry, t. 2, p. 30, et Humbert, *loc. cit.*, p. 224), le tribun Gabinius, rompant avec l'ancienne tradition, qui compromettait la liberté du vote, introduisit l'usage de voter secrètement avec des tablettes. (*Tabella vindex tacitæ libertatis ;* Cic., *De lege agr.*, II, 2; *De legibus*, III, 16 ; *De amicitia*, 12. — Jadis les citoyens donnaient leurs suffrages par acclamations. Cic., *De lege agr.*, *eod.* ; *De legib.*, III, 15, 17 ; Tit. Liv., X, 13 ; XXIV, 7.) Par la seconde, Marius établit, pour se rendre à l'urne électorale, des passages étroits dits *Pontes*, dans le but, en écartant les agents électoraux, de restituer leur libre arbitre aux électeurs. (« *Pontes... lex Maria fecit angustos* » ; Cic., *De leg.*, III, 17 ; Plutarch., *Marius*, 4 ; Cf. sur les *pontes :* Festus, lib. XVII, v° SEXAGENARIOS, éd. Panck., t. 194, pp. 598 et suiv. ; *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 139, p. 141, note 162 ; Varro, ap. Non. Marcell., XII, 22 ; Cic., *Ad Att.*, I, 14 ; auct. *Ad Herenn.*, I, 12 ; Suet., *Cæs.*, 80, passage dans lequel il est incontestablement question du *pons* par lequel arrivait la *centuria prærogativa*, Becker-Marquardt, II, 3, 101 ; Thesaur. Morell. *Licinia*, tab. I, 8 ; Vaillant, *Familia rom. Silia*, 1. — Voy. sur ce point P. Barral, *op. cit.*, v° PONS SUFFRAGIORUM, et A. Rich, *op. cit.*, v° PONS, 4, PONS SUFFRAGIORUM ; Dezobry, *op. cit.*, t. 2, p. 25 ; Walter, *op. cit.*, § 126, t. 1, p. 178.)

Il est certain que, déjà dans la première moitié du septième siècle, fut organisée, pour statuer sur le crime d'*ambitus*, une commission permanente (*quæstio perpetua*). Deux témoignages l'établissent : d'abord un passage de Cicéron (*Brutus*, 30), puis le procès scandaleux que s'intentèrent réciproquement, en 639 ou 640 de Rome, P. Rutilius et M. Scaurus. (Voy. Heinecc. et Walter, *opp. et locc. sup. citt.* ; Ascon., *In orat. Cic. Pro M. Scauro.*) — Cicéron (*Pro Cluent.*, 53) nous parle également d'une *quæstio ambitus* présidée par Aquillius Gallus, son ami et son collègue dans la préture en 688. Nous ignorons toutefois la date de la loi qui établit cette *quæstio*. Rein croit que c'est la *lex Maria ;* mais ce n'est là qu'une conjecture. (Voy. M. Labatut, *op. cit.*, p. 196.) Suivant Lange, II, p. 620, cité par M. Humbert (*eod.*, p. 224, note 23), ce fut la loi *Calpurnia* (voy. *infra*) qui introduisit une commission permanente *De ambitu*. (Cf. Sallust., *Catil.*, 18. Consulter sur les *quæstiones perpetuæ :* M. Labatut,

début de ses *Annales* (I, 2), le peuple romain éleva sur les ruines

---

Hist. de la préture, liv. II, chapp. 2 et 3, pp. 156 et suiv., et M. Faure, *op. cit.*, *Table*, à ce mot.)

C'est à cette même époque qu'il conviendrait de citer une loi *Aurelia de ambitu ;* mais il y a doute sur sa date, qu'on peut faire remonter jusqu'au consul Aurelius Cotta, en 75 a. Ch., ou placer sous la préture d'Aurelius Cotta en 70.

A la fin du même siècle, en l'an 687 = 67 a. Ch., le tribun Cornelius proposa un plébiscite qui punissait les acheteurs des suffrages et peut-être même aussi les *divisores*, employés pour opérer entre les électeurs achetés la répartition de l'argent. (Ascon., *In Cornel.*, p. 74 Orell. — Comp. note 17.) Le Sénat, dans le but de prévenir l'adoption de ce projet, en fit proposer un autre la même année par C. Calpurnius Piso, qui était alors consul avec M. Acilius Glabrio, et qui lui-même avait été antérieurement sous le coup d'une accusation d'*ambitus*. (Dio Cass., XXXVI, 21 ; Cic., *In Corn.*, I, 32.) Ce n'est qu'après maints efforts (Walter, *loc. cit.*) que cette loi fut votée, sous le nom de *lex Acilia Calpurnia :* elle prononça contre les citoyens qui se laisseraient corrompre, outre une peine pécuniaire, l'incapacité à vie, et non pendant dix ans, comme on l'a parfois écrit (voy. par ex. M. Dezobry, *loc. inf. cit.*), d'exercer une magistrature, ou de faire partie du Sénat. (Dio. Cass., *eod.;* Cf. XXXVII, 25 ; Ascon., *In Cornel.*, p. 68 Orell. ; Isid., *Orig.*, V, 26 ; *Schol. bobb.*, *In Cic. Pro Sulla*, 5, p. 361 Orell. ; Cic., *Pro Muren.*, 23 ; Gothof., éd. Ritter, t. 3, fol. 223, col. rect. ; Laboulaye, p. 287 ; Lange, III, 208.) L'incapacité d'exercer une magistrature était évidemment un emprunt, avec aggravation, fait à la législation antérieure : la loi *Cornelia* de 595 avait eu la première l'idée de cette pénalité (voy. M. Labatut, *op. cit.*, pp. 195 et suiv.), que M. Dezobry (*op. cit.*, t. 2, p. 30) a le tort de rattacher à la loi *Cornelia Bæbia*, dont il fixe d'ailleurs, comme nous, la date d'apparition en l'an 573. Nous n'insistons pas sur la différence de date que l'on rencontre parfois au sujet de cette loi. Ainsi M. Labatut (*eod.*) la reporte à l'an de Rome 571, et c'est aussi cette année que l'on trouve indiquée dans la *Bibl. lat.-fr.* de Panck. (t. 168, p. 4*), comme étant celle de la nomination des consuls Cethegus et Tamphilus. Cette différence a peu d'importance, par suite de l'observation faite, *avant-propos*, note 4, touchant la divergence de comput dans l'ère de la fondation de Rome. — Il y a doute sur le point de savoir si la *lex Calpurnia* punissait aussi les *divisores*. (Voy. M. Laboulaye, *op. cit.*, p. 288, note 2 ; MM. Humbert, *loc. cit.*, p. 224, et Labatut, p. 197.) Quoi qu'il en soit à cet égard, cette loi reçut bientôt application en ce qui concerne les deux consuls P. Autronius et P. Sulla. (Sallust., *Catil.*, 18 ; Dio. Cass., XXXVI, 27 ; Suet., *Jul.*, 9 ; Cic., *Pro Sulla*, 17, 18 ; *De finibus*, II, 19 ; Drumann, *Röm. Gesch.*, II, 514.) Il convient d'ajouter que déjà à cette époque on avait assuré l'impunité au coupable d'*ambitus* qui en ferait condamner un autre pour le même crime, et qu'on avait accordé une prime à tout accusateur qui prouverait ce forfait. (Voy. Cic., *Pro Cluent.*, 36 ; *Pro Balbo*, 25 ; Ferrat., *Epist.*, I, 13 ; MM. Humbert et Labatut, *locc. citt.* — Voy. *infra.*) Les candidats sans doute ne furent pas sans réclamer ; « mais on passa outre, en leur accordant seulement le droit d'adjoindre au *delator* un surveillant, pour empêcher toute calomnie. » (M. Labatut, *eod.*)

Nous mentionnerons ici une loi *Fabia*, qu'il ne faut pas confondre avec la *lex Fabia* dont parle Cicéron. (*Pro Rabir.*, 3. Cf. Paul., *Sentent.*, V, 30 B, titre dont il ne reste que la rubrique ; Ulpien, *In leg. Dei, sive mosaic. et roman. leg. coll.*, tit. XIV, cap. 3 ; C. Th., IX, 18 ; D., XLVIII, 15 ; C. Just., IX, 20 ; Instit., *De publ. judiciis*, IV, 18, § 10.) La date de cette loi nous paraît être fort douteuse. M. Humbert (*eod.*) la fixe bien à l'an 66 avant J.-C., c'est-à-dire en 688 de Rome, et M. Labatut (*eod.*) dit avec la même assurance qu'« en 690 (c'est-à-dire deux ans

de la République un trône impérial au vainqueur d'Actium, et

---

plus tard, soit 64 av. J.-C.) on promulgua la loi *Fabia*, qui restreignait le cortège des candidats », et qu'« un sénatus-consulte, rendu la même année, avait un objet identique. » Mais s'il est incontestable que le sénatus-cousulte en question a été porté sous le consulat de L. César (Cic., *Pro Mur.*, 34), c'est-à-dire un an avant celui de Cicéron, par conséquent en l'an 690, comme Cicéron (*eod.*) se contente de nous annoncer qu'on n'obéit pas plus aux prescriptions du S. C. qu'à celle de la *lex Fabia* (« *Itaque et legi Fabiæ, quæ est de numero sectatorum* [« agents ou compagnons dont les candi- « dats pouvaient se faire assister », M. Humbert, *eod.*], *et senatusconsulto, quod est L. Cæsare consule factum, restiterunt* »), il nous semble plus prudent de répéter, avec M. Ch. Du Rozoir, qu'on ne sait dans quel temps cette loi fut proposée, « ni par conséquent à quel Fabius il faut l'attribuer. » (*Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 19, p. 408, note 115.) La façon même dont s'exprime Cicéron nous ferait plutôt incliner à penser que la loi *Fabia* est antérieure au consulat de César.

Malgré ses rigueurs (Cic., *Pro Mur.*, 23 *in init.*), la loi *Calpurnia* fut impuissante à déjouer les scandaleuses intrigues d'Antonius et de Catilina. C'est pourquoi le Sénat, sur le rapport de Cicéron, déclara par un sénatus-consulte la loi *Calpurnia* applicable dans les cas où des gens salariés iraient au-devant des candidats, ou bien dans lesquels les candidats se feraient suivre d'un cortége également stipendié, distribueraient gratuitement et par tribus des places dans les spectacles de gladiateurs, ou enfin donneraient des repas publics. (Cic., *Pro Mur.*, 32 et 35 : Zumpt, II, 2, p. 250 ; MM. Labatut et Humbert, *eod.*) Et Cicéron ajoute (*Pro Mur.*, 32): « *Ergo ita senatus judicat, contra legem* (Calpurniam) *facta hæc videri, si facta sint : decernit, quod nihil opus est, dum candidatis morem gerit.* » Et plus bas : « *Atque id* (S. C.) *decernitur omnibus postulantibus candidatis ; ut ex senatusconsulto, neque cujus intersit, neque contra quem sit, intelligi possit.* »

Peu de temps après, pendant le consulat de Cicéron, les manœuvres électorales de Catilina qui briguait cette charge, et ne négligeait rien pour l'obtenir, alarmèrent le Sénat ; c'est alors que, sur la proposition même de Cicéron, fut rendue la *lex Tullia* en l'an 691, 63 av. J.-C. (Comp. Orelli dans l'*Index legum*, cité à la bibliographie, p. 287 *in init.* et *Memorab. vitæ Cic.*, p. 117, *sub anno* 691.) — Cette loi s'empara, en confirmant les décisions précédentes, de toutes les dispositions pénales de la *lex Calpurnia*, et y ajouta l'exil pendant dix ans, dont elle frappa les coupables d'*ambitus*. (Dio Cass., XXXVII, 29 ; Cic., *Pro Mur.*, 2, 3, 23, 32, 41 ; *In Vat.*, 15 ; *Pro Planc.*, 34. Cf. *Schol. bobb. Pro Sulla*, 5, p. 362; *Pro Sest.*, 64, p. 309, Orell. ; Lange, III, 239.) En complétant la loi *Calpurnia* et en renchérissant sur sa sévérité, la *lex Tullia* n'avait d'autre but que d'arrêter et de réprimer les coupables intrigues de Catilina ; mais la première épreuve qui en fut faite (sur L. Licinius Murena, consul désigné en 691 pour 692, et qui fut d'ailleurs absous à l'unanimité), à l'instigation de Caton qui, ayant déclaré en plein Sénat qu'il poursuivrait un candidat consulaire (*Pro Mur.*, 30), ne pouvait manquer de tenir sa promesse, la première épreuve qui fut faite de cette loi, disons-nous, trompa bien, en atteignant d'abord un de ses amis, l'attente de Cicéron, qui l'avait proposée, et des plus honnêtes sénateurs, qui l'avaient appuyée. L'exil et l'amende étaient prononcés contre les candidats qui se seraient fait suivre par des gens armés, qui auraient attiré à Rome des étrangers durant la période électorale, ou entretenu sans nécessité des troupes de gladiateurs. (Voy. M. Labatut, p. 135.) Elle défendait spécialement (*In Vat.*, 15), et cela d'une manière expresse, de donner des combats de gladiateurs, pendant les deux années qu'on postulait ou que l'on s'annonçait comme devant postuler les magistratures, à moins que ce ne fût un jour fixé par un testament : « ... *Quum mea lex dilucide vetet*, BIENNIO,

que, faisant par un abandon unique l'aliénation de ses anciennes

---

QVO QVIS PETAT, PETITVRVSVE SIT, GLADIATORES DARE, NISI EX TESTAMENTO PRÆSTITVTA DIE..... » (Voy. aussi sur cette loi le sommaire de M. Ch. Du Rozoir, mis en tête de l'*Oratio Pro L. Mur.*, Panck., t. 19, p. 263.)

L'histoire est là pour attester que la *lex Tullia* n'eut pas un meilleur sort que les autres, et que Pompée la viola impunément en faveur d'Afranius. (Plutarch., *Cato minor*, 21.)

L'année 693 vit apparaître la *rogatio* du tribun Aufidius Lurco, projet de loi plus sévère que le Sénat ne put faire adopter. (Cic., *Ad Att.*, I, 16, 18; Rein, p. 714; Zumpt, II, 2, 266; MM. Dezobry, *op. cit.*, t. 2, pp. 30 et suiv., et Labatut, pp. 99 et 198.) Cette *rogatio* fut précédée de deux sénatus-consultes, au sujet desquels Cicéron (*Ad Att.*, I, 16) nous dit : « *Sed senatusconsulta duo jam facta sunt odiosa, quod in consulem facta putantur, Catone et Domitio postulante ; unum, ut apud magistratus inquiri liceret ; alterum, ut qui domi divisores haberent, adversus Rempublicam.* » Et il poursuit en ces termes : « *Lurco autem, tribunus plebis, qui magistratum simul iniit, solutus est lege et Ælia et Fusia, ut legem de ambitu ferret ; quam ille bono auspicio claudus homo promulgavit.* » — Sans punir les éligibles qui auraient promis de l'argent aux citoyens, Aufidius proposait de n'infliger de peine qu'à ceux qui l'auraient effectivement donné; mais, en revanche, la *rogatio* portait que, dans le cas où le candidat aurait effectivement versé de l'argent, il serait condamné à payer tous les ans, sa vie durant, à chaque tribu, trois mille serterces (et non trois cent mille, comme le dit à tort le traducteur dans l'éd. de Panck.) : « *Novi est in lege hoc* », ajoute Cicéron, après le passage précité, « *ut, qui nummos in tribus pronuntiarit, si non dederit, impune sit ; sin dederit, ut quoad vivat, singulis tribubus* H-S cIↃ cIↃ cIↃ *debeat.* » Et Cicéron d'ajouter spirituellement : « *Dixi, hanc legem P. Clodium jam ante servasse : pronuntiare enim solitum esse, et non dare.* » Voilà, nous semble-t-il, un démenti en règle donné à l'assertion plus patriotique que vraie de Sextus Cæcilius, d'après lequel « ... *Omnium* (virtutum) *maxime atque præcipue fidem coluit* (populus Romanus), *sanctamque habuit tam privatim, quam publice.* » (Aul. Gell., XX, 1.) — Il faut avouer, d'ailleurs, que l'innovation de cette loi qui, pour réprimer l'immoralité, partait elle-même d'un principe immoral, en encourageant la mauvaise foi, semblait apportée tout à dessein pour entraîner sa propre violation, chez un peuple surtout toujours si enclin à respecter les lois en les tournant. En effet, les magistrats élus auraient pu avoir recours ici à un subterfuge assez grossier, du reste, mais qui leur était familier : ceux qui auraient préféré la fraude au déshonneur qui résulte toujours du fait de manquer à la parole donnée, auraient promis de l'argent, ou en auraient fait promettre en leur nom, et, sans s'aviser de le distribuer, soit par eux-mêmes, soit chez eux, dans la crainte de voir leur élection frappée d'une annulation légale (Dio, XXXVI, 20), ils se seraient servi des *sequestres*, afin de pouvoir affirmer que leurs propres mains étaient pures de toute corruption. (Voir M. Dezobry, *loc. cit.* — On nommait *sequestres* — [voy. Cic., *In Verr.*, I, 12 *infine* ; act. II, lib. II, 44 ; *Pro Planc.*, 16, 18, 19 ; *Pro Cluent.*, 8, 26. Cf. *Ad div.*, 8, 7 ; Q. Cic., *De petit. cons.*, 14 ; Ps. Ascon., *In Cic. Verr.*, I, p. 145 ; Senec., *Epist.*, 118 ; Auson., *Gratiar. act.*] — des agents, parmi lesquels se rencontraient même parfois des chevaliers (Cic., *In Verr.*, I, 8), qui recevaient l'argent promis aux électeurs (*nummos pronuntiare ;* Cic., *Ad Att.*, I, 16, 13 ; *Ad. Q. fr.*, II, 15 *b ;* Suet., *Cæs.*, 19) et à eux distribué par les *divisores*, qui le gardaient en dépôt. (Voy. sur les *sequestres*, Ernesti, v° SEQUESTER ; Walter, *op. cit.*, t. 1, § 257 ; P. Barral, *op. cit.*, v° SEQUESTRES ; M. Dezobry, *op. cit.*, t. 2, pp. 14 et 31. — Comp. *supra* note 17, et *infra*, § 2, note 42.)

Quatre ans plus tard (697 de Rome, 57 a. Ch.), le Sénat fut saisi d'une proposi-

et de ses plus chères prérogatives, il remit entre les mains d'Oc-

---

tion émanant de Caton d'Utique, laquelle est connue sous le nom de *lex Porcia*. (Voy. MM. Dezobry, *op. cit.*, t. 2, p. 31 ; Dupond, *op. cit.*, p. 136.) Fondée sur l'idée d'une présomption de culpabilité générale et constante, qui trouvait elle-même sa raison d'être dans ce fait, qu'à cette époque on voyait quelquefois tous les candidats, sans exception, accusés de brigue (Cic., *Ad Att.* IV, 16; *Ad Q. fr.*, III, 23), cette loi, après avoir failli faire lapider son auteur par la plèbe (voy. le début du n° LIX de Plutarque, cité *infra*), que nourrissait la corruption des comices, ordonnait que tous les élus viendraient, lors bien qu'aucune accusation ne pèserait sur eux, rendre compte, sous serment, des moyens qui leur avaient procuré leur élection. (Plutarch., *Cato min.*, 44.) Amyot, dans sa traduction des *Vies des hommes illustres* de Plutarque, rend ainsi ce passage : «... Voyant que le peuple Romain estoit tout perdu et gasté par les corruptions de ceulx qui aspiroient aux magistrats, et que le peuple en faisoit desja un estat comme de gaing ordinaire, pour tascher à desraciner entierement ce vice de la chose publique, il (Caton) suada au senat de faire un statut et ordonnance, « Que desormais ceulx qui seroient eleuz à quelque magistrat, s'ilz n'avoient personne « qui les accusast, fussent tenus de s'en venir d'eulx mesmes presenter en jugement : « et après avoir presté entre les mains des juges le serment de dire la verité, rendre « compte et raison judiciellement des moyens, par lesquelz ilz seroient parvenus à « leurs offices. » (Voir dans l'éd. de De Cussac, t. 6, p. 393. Joindre au passage précité, le n° LIX, à la même page.) Et nous lisons plus bas (*eod.*, p. 394) : « Mais ceulx qui briguoient les offices se trouvoient en grande perplexité, pource que d'un costé ilz craignoient de despendre argent pour achepter les voix du peuple, et d'autre costé aussi ilz avoient peur que un autre le faisant, ilz ne decheussent de leur poursuitte. Si feirent tous un accord ensemble, qu'ilz deposeroient chacun la somme de douze mille cinq cents escus (125.000 drachmes, dit Plutarque), et puis feroient justement et droittement leur poursuitte, à la charge, que celuy qui se trouveroit y avoir fait faulte, et qui se seroit aidé de corruption, perdist l'argent qu'il auroit deposé, etc. » (Cf. Cic., *Ad Q. fr.*, II, 15, 4, et *Ad Att.*, IV, 15, 7.)

La succession si rapide des quatre lois, du sénatus-consulte et de la *rogatio* dont la mention précède, s'explique si l'on songe que, depuis la mort de Sulla (676 U. C. = 78 a. Ch.), la censure ayant été rétablie dans toute la plénitude de son ancienne puissance, les censeurs éliminèrent du Sénat beaucoup de membres indignes, et que ceux-ci, regrettant leur ancien rang, s'efforçaient, par tous les moyens, de remonter aux grandes magistratures capables de les ramener de droit dans la curie : prodiguer les brigues et les intrigues (Dio, XXXVI, 21) était le procédé usuel qu'ils employaient pour arriver à leur but.

Deux ans après, nous rencontrons la célèbre loi *Licinia de sodalitiis* (Cic., *Pro Planc.*, 15 ; *Schol. bobb. in Planc.*, p. 253 Orell. ; Dio Cass., XXXIX, 37), qui avait pour auteur le triumvir M. Licinius Crassus, consul pour la seconde fois avec Pompée, l'an de Rome 699 = 55 a. Ch. (Voy., sur cette loi, *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 23, pp. 156, et 286, note 47 ; Lange, III, 331-332.) Destinée à réprimer les associations ou coalitions électorales (*sodalitia*), délit qui, suivant Zumpt, se rattachait plutôt à la violence (*vis*) qu'au crime d'*ambitus*, elle avait été portée seulement contre les sociétés secrètes et les associations de plusieurs individus, formées en vue des élections. (Voy. sur les manœuvres de ces sociétés, Cic., *Pro Planc.*, 18, 19 ; *Schol. bobb. in Planc.*, p. 253 Orell.) Elle institua aussi une *quæstio* spéciale pour la répression de ce genre d'*ambitus*. (Voy. Walter, *loc. cit.*, et t. 1, § 257.)

On sait que les membres de ces sortes d'agences électorales se partageaient les tribus et que chacun d'eux répondait d'un certain nombre d'électeurs ; les candidats par-

tave le droit et le pouvoir (*potestas*) (23)* de nommer aux fonctions publiques (24)**.

---

venaient ainsi à se faire un parti dans chaque tribu, en achetant les suffrages des membres les plus influents. (Voy., sur le trafic des tribus ou des centuries par les candidats : Cic., *Pro Planc.*, 22; Ascon., *Ad orat. in tog. candid.*, pp. 85 et suiv. Orell. — Le Sénat, au reste, s'était déjà ému, en 698, du scandale de ces associations [Cic., *Ad Q. fr.*, II, 3, 5], contre lequel devait, un an plus tard, sévir la loi *Licinia*.) — Tandis que, dans toutes les autres causes de brigue en général, les juges étaient tirés au sort, et que chacun pouvait récuser ceux dont il craignait la partialité, la loi *Licinia* poussait la sévérité jusqu'à autoriser l'accusateur à choisir lui-même les juges. (« *Editicii judices* » ; Cic., *Pro Planc.*, 15. Cette idée d'ailleurs n'était pas nouvelle : à la fin de l'année 691, Cicéron reprochait déjà à son ami Servius Sulpicius, concurrent de Muréna pour le consulat, de l'avoir mise en avant; *Pro Mur.*, 23.) Ce droit n'était pas illimité, sans doute, et il était tempéré par le pouvoir de récusation que la loi accordait en certains cas à l'accusé. Mais les limites dans la faculté exorbitante de l'un et dans l'adoucissement du sort de l'autre sont demeurées incertaines. — Il faut ici se garder avec soin de confondre le *sodalitium* et la *coitio*. La réunion de plusieurs personnes, se proposant de corrompre les électeurs, de trafiquer des votes, de distribuer de l'argent, constituait le *sodalitium*. La *coitio* n'était autre que la coalition, la cabale (Cic., *Pro Planc.*, 22) ou la ligue (d'où Cicéron emploie le mot *coire* dans le sens de se liguer ; voy. *Post redit. in senat.*, 7) des candidats, pour ou contre leurs compétiteurs (voy. Cic., *Ad Q. fr.*, III, 1, 16 ; Wunder, *M. T. Ciceronis oratio pro Cn. Planc.* Proleg. lib. III. cap. III § 2, et comment. in cap. 22; Walter, *ubi supra*), ou même des magistrats contre un candidat en faveur d'un autre. (Ex. gr., *coitio consulum ;* Cic., *Ad Att.*, IV, 15, 7.) Suivant les nécessités et les exigences du moment, les candidats se partageaient les tribus et se les cédaient réciproquement, fait très-commun au temps de Cicéron. (*Pro Planc.*, 22.) Enfin, le mot *sodalitas* est employé par Cicéron comme étant un terme plus poli que vrai, dans la situation qu'il envisage (c'est lui-même qui parle de la sorte, *Pro Planc.*, 15), à la place du mot *consensio*, cabale : « *Hoc igitur sensimus : cujuscumque tribus largitor esset, per hanc consensionem, quæ honeste magis quam vere sodalitas nominaretur, quam quisque tribum turpi largitione corrumperet*, etc... » De ce passage, nous croyons pouvoir conclure que c'est à tort que certains auteurs (voy. par ex. M. Labatut, *op. cit.*, pp. 102 *in fine* et suiv.) traitent les mots *sodalitas* et *sodalitium* comme synonymes. (Comp. M. Willems, *op. cit.*, p. 235 *in init.*) Pour nous, *sodalitas* désigne une liaison honnête et licite qu'on avait dans un corps ou dans une tribu ; le *sodalitium*, au contraire, constitue à nos yeux une liaison honteuse. (Voy. en ce sens, M. Ch. Du Rozoir, *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 15, p. 286, note 48.) Ce qui le prouverait au besoin, c'est que les *sodalitates* deviennent des *sodalitia* dès que leur but est criminel et tombe sous l'application d'une loi pénale. Ainsi, en 698, le Sénat décrète « *ut sodalitates decuriatique discederent* » (Cic., *Ad Q. fr.*, II, 3, 5), et, l'année d'après, ces *sodalitates* sont réprimées par la *lex Licinia* sous le nom de *sodalitia*. A la différence de la *coitio*, qui échappait aux rigueurs de la loi, dans notre matière du moins (comp. en effet *supra* le passage cité de Tit. Liv., IX, 26, et P. Barral, *op. cit.*, v° COITIONES), le crime de *sodalitium* était punissable d'exil. — En ce qui concerne le mot *sodalis*, qu'il fût pris à Rome, parfois au moins, en mauvaise part, c'est ce que prouve cette apostrophe de Cicéron à Laterensis, l'accusateur de Plancius : « *Quos tu si sodales vocas, officiosam amicitiam nomine inquinas criminoso.* » (*Pro Planc.*, 19.)

Quant à la loi *Pompeia de vi et ambitu* (Ascon., *In argum. Milon.*, p. 37

* Voir note 23, page 241. — ** Voir note 24, page 241.

Orell.; Dio Cass., XL, 52), son nom même décèle son origine. (Il ne faut pas la confondre avec une *lex Pompeia* [665 U. C. = 89 a. Ch.] du consul Cn. Pompeius Strabo, père du grand Pompée, relative à la concession du droit des colonies latines à la Gaule Transpadane, ni avec une autre *lex Pompeia de parricidiis;* Paul., *Sentent.*, lib. V, tit. 24; D., XLVIII, 9; Inst., IV, 18, *De pub. judic.*, § 6.) Cette loi *Pompeia* sur la brigue, dont le but était de réprimer les délits de Milon et de ses complices, et qui modifia dans un sens rigoureux la procédure et la pénalité (Tacit., *De orat.*, 38; Cic., *Brutus*, 94; Zumpt, p. 434), est due à ce même Pompée qui, comme nul ne l'ignore, après avoir, de concert avec Crassus, ensanglanté les comices (Dio, XXXIX, 31; Plutarch., *Pomp.*, 52; *Crass.*, 15; *Cato min.*, 41), devenus d'ailleurs le théâtre de violences sanguinaires qui commencèrent à les souiller à partir de C. Gracchus (Flor., III, 14; Plutarch., *Tib. Gracc.*, 19, 20; Appian., *Bell. civ.*, I, 12), augmenta, par une étrange dérision, la sévérité des peines édictées contre les acheteurs de suffrages. (Dio, XXXIX, 37.) — D'après la *lex Pompeia de ambitu*, qui, dans son chef distinct de celui *de vi*, eut, paraît-il, une destinée plus durable (Ascon., *In argum. Milon.*, p. 37 Orell.; Plutarch., *Pomp.*, 55; Appian., *Bell. civ.*, II, 23; Vell. Paterc., II, 47; Dio Cass., XL, 52; Zumpt, II, 2, p. 419), chacun était autorisé à demander raison de leur conduite à tous ceux qui avaient exercé des emplois publics. Elle présente cette remarquable particularité d'être empreinte d'un caractère de rétroactivité embrassant une période de vingt années antérieures au troisième consulat de Pompée. Cela donna lieu à un grand nombre d'accusations, et motiva notamment au profit du beau-père du consul, P. Scipion, objet d'une poursuite, la violation de sa propre loi. (Appian., *Bell. civ.*, II, 24, 25, 27; Valer. Max., IX, 5, 3.)

La profonde sollicitude de cette loi pour la pureté des comices n'empêcha cependant pas le Forum de devenir un véritable champ de bataille, lorsque éclata cette fameuse rivalité de celui-là même qui l'avait portée, avec Jules César. Le combat comitial (*comitiale certamen*, Val. Max., IV, 5, 3; *Annua certamina*, Lucan., I, 180), qui offre une certaine analogie avec ce qui se passait en Gaule lors de l'élection du grand Druide, en cas de pluralité de prétendants (voy. Cæs., *De bell. gall.*, VI, 13), continua, à cette époque, la funèbre tradition de toutes ces scènes criminelles, presque annuellement renouvelées (Appian., *Bell. civ.*, I, 2; Plutarch., *Pomp.*, 53; *Cato min.*, 47) depuis l'assassinat de C. Gracchus. Car, rarement l'assemblée se séparait, sans qu'il restât des morts sur la place. (Plutarch., *Cæs.*, 28.) — Ajoutons que la loi *Pompeia*, rendue en l'an 702 U. C., sous le 3e consulat de Pompée, prononçait l'exil perpétuel, et surtout que ses conséquences politiques furent des plus graves et précipitèrent la chute de la République. (M. Laboulaye, p. 299; Rein, p. 719.)

Une fois débarrassé de ses collègues, Octave, après avoir rétabli le consulat dans toute sa puissance, rendit au peuple l'ancien droit des comices. (« *Comitiorum... pristinum jus reduxit* », dit Suétone, *Oct. Aug.*, 40.) Dans le désir que ce droit fût la véritable expression de la volonté populaire, il punit la brigue de peines multipliées, et à cet effet, publia contre elle, en 736 = 18 av. J.-Ch., une loi fort sévère (Suet., *loc. cit.*, et 34; Dio Cass., LIV, 16; LV, 5; Rein, p. 722), connue sous le nom de *lex Julia*. (Comp. Mommsen, *Handb.*, I², p. 465, note 3. — Il y a un grand nombre de *leges Juliæ*, les unes appartenant à César, les autres à Auguste. Voy. Paul., *Sentent.*, lib. V, titt. 26 et suiv.; D., XLVIII, 4 et suiv.; C. Th., IX, 5 et suiv.; C. Just., IX, 8 et suiv.; Inst., *De public. judic.*, IV, 18. Cf. Marquardt-Mommsen, IV, p. 385, *Lex Julia de provinciis*.) De la *lex Julia* d'Auguste dont nous parlons ici, il est question, très-brièvement, dans les *Sententiæ* Pauli, et avec plus de détails, au C. Théod., au Dig., et au C. de Just. Dans le premier et le troisième de ces recueils (Paul., *Sentent.*, V, 30 A, Rub.; D., XLVIII, 14, Rub. et L. unic. § 4, fr. Modest.), elle est qualifiée de

lex Julia ambitus; on la retrouve sous la dénomination de *lex Julia de ambitu* dans le second et le quatrième. (C. Th., IX, 26, Rub.; C. Just., IX, 26, Rub. Des quatre constitutions qui figurent au titre indiqué du C. Th., la seconde seule est reproduite au titre cité du C. de Just., où elle forme la loi unique; encore est-elle interpolée, et se compose-t-elle de lambeaux de phrases empruntés aux constitutions 2 et 3 du titre du C. Th. Voy. les notes et les commentaires de Godefroy sur ce titre. La première désinence reparaît au cours de la constitution unique des empereurs Arcadius et Honorius au C. de Just.; toutefois la leçon est ici douteuse.) Enfin, Justinien fait mention de cette loi dans ses Institutes, sous le nom de *lex Julia de ambitu. (De publ. judic.*, IV, 18, § 11. — Consulter sur elle : *Johannis Arn. Corvini J. C. Enchir.*, Amstel., 1644, p. 710 ; Bouchaud, *Rech. sur la loi Julia de ambitu,* dans les *Mémoires de l'Acad. des inscr.*, XXXIX, 1777, pp. 382-436. Domat ne fait que la mentionner dans son *Legum delectus*, éd. in-f°, Paris, 1723, fol. 167 du *Leg. delect.*) — Le jurisconsulte Paul, dans ses *Sentences* (*loc. cit.*), ne nous donne, sur les pénalités édictées par cette loi, que des renseignements fort incomplets ; il se borne à nous dire, visant une hypothèse spéciale : « *Petiturus magistratum vel provinciæ sacerdotium, si turbam suffragiorum causa conduxerit, servos advocaverit, aliamve quam multitudinem conduxerit, convictus, ut vis publicæ reus, in insulam deportatur.* » (Voy. *infra.*) Nous ajouterons que, d'après cette *lex Julia,* tout candidat devait déposer, à titre de cautionnement, une somme importante, qu'il perdait si, dans le cours de ses poursuites, il avait fait des largesses au peuple. (Dio, LV, 5. Cf. ci-dessus le passage cité de Plutarque, *Cato min.*) Une exclusion, durant cinq années, de toutes les magistratures, frappait le candidat convaincu de brigue (Dio, LIV, 16 ; Cf. Sidon. Apoll., lib. I, Ep. 3, et Gothof., éd. Ritter, t. 3, fol. 223, col. rect., et fol. suiv.), et il n'était relevé de cette incapacité que s'il parvenait à convaincre un autre citoyen du même crime. (L. unic. § 2, D., *loc. cit.*) Toutefois, malgré la *restitutio in integrum* dont bénéficiait en ce cas le *damnatus*, Modestin, qui ne mentionne que la peine d'amende, sans parler de l'incapacité politique, Modestin prend soin d'ajouter qu'il ne recouvrait pas l'amende qu'il avait encourue. C'était là une application spéciale de la règle posée par Ulpien, savoir que « *Pœnæ non solent repeti, cum depensæ sunt.* » (L. 42, *De condict. indeb.*, D., XII, 6. Cf. L. 46, fr. Gaius, *De div. reg. jur.*, D., L, 17.) La restitution ne s'appliquait donc qu'à la peine corporelle. Il est fort curieux de voir les récompenses mêmes servir comme d'appât à la poursuite de la brigue. C'était un engin plus sûr mis au service de la répression. Outre qu'une condamnation de brigue valait à l'accusateur l'impunité pour lui, s'il était l'objet d'une condamnation motivée par ce crime (*Junge* Cic., *Pro Cluent.*, 36 ; Dio Cass., XL, 52 ; Appian., *Bell. civ.*, II, p. 24), elle lui donnait encore le droit de suffrage dans la tribu du condamné (Cic., *Pro Balb.*, 25 ; Ascon., *In Milon.*, 35, p. 54 Orell.), dans le cas où il y trouvait quelque avantage. C'est ce qui se serait présenté, par exemple, si, l'accusateur appartenant à une tribu urbaine, le condamné faisait partie d'une tribu rurale, comme cela arriva dans le cas dont parle Cicéron dans son *oratio pro Balbo* (*loc. cit.*). — Une loi *Manilia*, due au tribun Manilius, voulait que toute distinction de mérite, de crédit et de rang fût effacée. Elle fut bientôt abrogée, et il fut question, paraît-il, de la remettre en vigueur. C'est ce que nous apprend Cicéron (*Pro Mur.*, 23) : « *Confusionem suffragiorum flagitasti, prorogationem legis Maniliæ, æquationem gratiæ, dignitatis, suffragiorum.* »

Auguste, qui était devenu très-conservateur, depuis qu'il était arrivé au pouvoir, et qui finit par mettre les comices à son entière discrétion, Auguste avait tellement à cœur d'écarter la brigue du Forum, que lui-même, le jour des élections, violant en apparence sa propre loi, il distribuait mille sesterces aux membres des tribus *Scaptia* (celle de la *Gens Octavia*) et *Fabia* (celle de la *Gens Julia*), auxquelles il appartenait,

à la première par sa naissance, à la seconde par adoption, afin qu'ils n'eussent rien à demander à aucun candidat. (Suet., *Aug.*, 40.)

A l'époque de Modestin (IIIe siècle de l'ère chrét.), qui était contemporain de Paul, la loi *Julia* n'avait plus d'application *in Urbe*, les charges et les honneurs étant conférés par le Prince. (Cf. L. 57 *in fine*, fr. Ulp., *De re judic.*, D., XLII, 1.) Lui-même commence par nous en avertir, dans un langage dont les détails qui précèdent (voir aussi note 17) permettent de comprendre toute l'énergie et toute la portée : « *Hæc lex* IN URBE HODIE *cessat : quia ad curam principis magistratuum creatio pertinet*, NON AD POPULI FAVOREM. » (L. unic. pr., *De leg. Jul. amb.*, D.) Cela fut loin toutefois de mettre un terme à l'*ambitus* et donna même naissance à des intrigues tout aussi dangereuses. (Voy. Gothof., éd. Ritter, t. 3, fol. 224, col. sin. Comp. *infra*, p. 240.) Cujas (*In lib.* IX *Codicis recitat. solemn. Ad tit.* XXVI. *Ad Legem Juliam de ambitu ; opp.*, t. 7, col. 1554), après avoir constaté que la loi *Julia* ne fut à l'origine applicable qu'à Rome (*eod.*, col. 1553 «... *Quæ olim obtinuit in urbe tantum, cum populi suffragiis deferebantur honores, et magistratus, non ut hodie nutu principis*, L. I. D. EOD. L. QUIDAM. D. DE RE JUDIC. »), Cujas reproduit la même observation que Modestin, mais en y ajoutant de précieux renseignements : « *Verum quod ad legem Juliam de ambitu attinet, ea ut dixi, hodie cessat, quia in urbe regia princeps solus, non populus magistratus creat, nec ulla fit effusio in principem, qui nec posse corrumpi præsumitur. Verum ad instar legis Juliæ de ambitu ex Senatusconsulto ambitus coercetur in municipiis, vel aliis civitatibus, ubi magistratus municipales, id est, duumviri creantur suffragio populi, vel decurionum, itemque sacerdotes provinciarum, profani, ut ait* LEX I. D. EODEM. *Diu etiam pertinuit ad populi Christiani favorem creatio Episcoporum et Presbiterorum, ut ait* L. 49. COD. TH. DE DECURION. *Et D. Hieronymus* I. *adversus Jovinianum*, etc... » Ainsi donc, sous l'Empire, l'influence prépondérante du prince dans les élections (voy. *infra* § 2), en étouffant l'essor des variétés si diverses du crime d'*ambitus*, ne lui permit plus, si l'on peut ainsi dire, de se manifester que dans la sphère assez restreinte des élections aux charges municipales ; un sénatus-consulte y appliqua la *lex Julia*, avec une peine de cent *aurei*, accompagnée de l'infamie. (L. unic. § 1, D., *h. t.*) Quant à ceux qui prenaient à leurs gages un cortège de partisans soudoyés, ou même d'esclaves, on les punit de la déportation dans une île, comme coupables de violence publique. (Paul., *Sentent.*, *ubi supra.*) — La *lex Malacitana*, cap. LVIII (Giraud, *Nov. Enchir.*, p. 634), fait une application de la *lex Julia de ambitu* en prononçant une amende de dix mille sesterces contre celui qui empêcherait les comices d'avoir lieu.

Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que, dès avant le principat, on n'eût pas cherché à élever dans les provinces, de même qu'à Rome, un rempart contre les manœuvres électorales, que Suétone appelle quelque part (*Oct. Aug.*, 3), avec un ton très-marqué de dédain, « *operæ campestres* », et qui, nul ne l'ignore, continuèrent à troubler les provinces à une époque où Rome était depuis longtemps devenue silencieuse. — Qu'on se souvienne de l'agitation électorale au milieu de laquelle le fléau de l'an 79 (Plin. Jun., *Ep.*, VI, 16) surprit Pompéi, et que nous ont révélée les nombreuses inscriptions pariétaires relatives aux candidats aux emplois municipaux. Elles témoignent de l'activité, des passions, des menées usitées dans les élections populaires. (Orelli, nos 3700 et suiv. ; Henzen, nos 6966 et suiv. ; C. I. L., IV, 485, 490, 576, 581, 826, 710 à 783, 787, 960, 1011, etc. Voy. l'*Index*. Comp. note 17 *supra*, et § 2, note 25. Consulter MM. Houdoy, *op. cit.*, pp. 183 et suiv. ; Giraud, *La table de Malaga, Séances et travaux de l'Acad. des sciences mor. et pol.*, t. XXXIX, p. 202, 1857.) Ces faits, d'ailleurs, n'étaient point spéciaux à Pompéi. On a retrouvé, dans d'autres cités, des inscriptions sépulcrales qui, dans le but de garantir le monument de toute affiche électorale du genre de celles dont il vient d'être question, maudissaient le candidat dont

le nom aurait été tracé sur le marbre funéraire. (Henzen, nos 6975 et suiv.; Bullet. archéol. de l'Athénéum français, *Notice sur l'inscript. de Forlimpopoli*, août 1855, n° 8; MM. Giraud et Houdoy, *opp. et locc. citt.* Comp. § 2, note 25.)

Un passage très-intéressant du troisième des bronzes d'Osuna, auxquels nous avons déjà fait à deux reprises allusion (*Introd. gén.*, note 112, IX, p. 73, et *Dr. rom.*, note 14 *in init.*, p. 211), prouve d'une manière péremptoire que, de très-bonne heure déjà, le législateur s'était préoccupé de réprimer l'abus dans les colonies. MM. Hübner, Giraud et Bonnier rapportent l'époque de ces tables à l'an 710; par suite, leur date est contemporaine de celle de la dictature. C'est ainsi que, d'après le texte auquel nous renvoyons, cap. CXXXII *passim*, il est défendu aux candidats qui ambitionnent les suffrages publics de pratiquer des largesses ou de donner à manger aux électeurs. (Voy. M. Giraud, *Les bronzes d'Osuna*, 1874, pp. 36 et suiv., et *Revue de législ. anc. et mod.*, 1874, pp. 367 et 370. Outre les passages indiqués, on pourra encore consulter, sur les bronzes d'Osuna, le travail de don Manuel Rodriguez de Berlanga; ce livre, qui a paru sous le titre *Los bronces de Osuna que publica* Manuel Rodriguez de Berlanga, Malacæ, MDCCCLXXIII, 8 mai (pp. 256), n'a pas, il est vrai, été mis dans le commerce; nous le citons, parce que c'est sur lui que les savants étrangers, auxquels il a été communiqué, ont édité, après de scrupuleuses révisions, le texte épigraphique des bronzes d'Osuna, l'antique Urso de Pline, connus aussi sous le nom de *Lex coloniæ Juliæ Genetivæ*; Hübner, *Ephemeris epig.*, vol. II, pp. 105 et suiv., où l'on trouvera un savant commentaire de Mommsen, pp. 119 et suiv.; voir aussi Hübner et Mommsen, *eod.*, vol. III, pp. 87 et suiv.; M. Giraud, *Les bronzes d'Osuna, Remarques nouvelles*, Paris, 1875; *Les nouveaux bronzes d'Osuna*, Paris, 1877; E. Bonnier, *Dissertation sur les bronzes d'Osuna*, dans l'*Histoire de la législation romaine* de M. Ortolan, pp. 686 et suiv.) Il est, d'après ces bronzes, interdit aux candidats, pendant le temps de la *petitio*, de donner à dîner à plus de neuf convives le même jour (*in dies singulos*. Voy., sur la traduction de ces mots, M. Houdoy, *op. cit.*, p. 182, texte et note 61. Comp. Beaudouin, *op. et loc. citt.*, p. 131.) Cette prescription doit être postérieure à l'année 691; car c'est pendant son consulat que Cicéron a défendu Muréna (*Memorabilia vitæ Cic.*, Orell., pp. 117 et suiv.) Or si, sans doute, à l'époque de cette accusation, les *publica convivia* étaient prohibés durant la brigue, du moins le nombre des convives qu'on pouvait recevoir n'était-il pas fixé d'une manière précise. (Cic., *Pro Mur.*, 35, 73. — Comp. Mommsen, *Ephemeris epig.*, vol. II, p. 140 *in init.* Cet auteur relève avec raison, note 1, l'erreur de Berlanga qui a entendu les mots h. VIIII de l'inscription de la *nona hora*.)

Tandis que la *lex Tullia* de Cicéron prohibait les largesses, les jeux, les festins publics, pendant les deux années de la *petitio* (voy. *supra*), la *lex coloniæ Juliæ Genet.* ne fixe la durée de l'interdiction qu'à une année. D'après M. Giraud, sur le cap. CXXXII, il faut peut-être attribuer ce fait à une interpolation postérieure, ou aussi à ce que la prohibition durait autant que la *petitio*, qui paraît avoir été limitée à un an pour les élections municipales. (Comp. Mommsen, *Lex coloniæ Genet.*, *Ephem. epig.*, II, pp. 139 et suiv. *Lex de ambitu* : « *Tempus petendi est biennium*, QUO QUIS PETAT PETITURUSVE EST, *ut ait lex Tullia de ambitu itemque hæc lex* 8, 17, *quamquam paullo post v.* 23 *de eo tantum anno agitur, quo quis magistratum petat. Illo loco annus petitionis futuræ distinguitur ab anno petitionis ipsius.* »)

Peut-être bien César, par la prescription de la *lex col. Jul. Genet.*, manquait-il alors sinon de souvenir, au moins de tolérance (voy. note 17); car il n'oublia pas toujours les condamnés pour brigue. « ..... *Sententia judicum de ambitu condemnatos restituit* », nous dit Suétone. (*Cæs.*, 41.) — Qu'il n'ait pas à Rome réprimé l'*ambitus* par une loi, cela s'explique si l'on songe qu'il en paralysa les effets en s'attribuant le choix de la moitié des candidats. (Suet., *eod.*; comp. note 24.)

Au reste, même du vivant d'Auguste, son absence de Rome suffisait pour que les brigues, la corruption des suffrages, les violences reparussent comme sous la République. (Dio Cass., LIV, 10; arg.) La lutte comitiale entre les deux compétiteurs Q. Lepidus et L. Silanus, lors du séjour de l'empereur en Sicile, en est le témoignage historique le plus frappant. Ces troubles qui, d'ailleurs, ne se produisaient jamais qu'en l'absence d'Auguste (Dio, *ubi supra*), l'amenèrent à penser qu'un moyen efficace de diminuer les chances de désordre, serait de désigner la moitié des candidats. (Dio, LIII, 21.) Plus énergique dans sa vieillesse, il prit, vers l'an 6 de notre ère, 760 U. C., le parti de les désigner tous par des recommandations écrites (Dio, LV, 34), comme l'avait fait son père adoptif. (Voy. note 24.)

Sous le Bas-Empire, la *lex Julia de ambitu* couvrit de son nom la punition de diverses irrégularités dans la recherche des fonctions du Palais ou de certaines charges publiques, et notamment de la brigue itérative des *officia* qu'on avait déjà gérés. (Voy. *infra*.) La peine était la confiscation, *amissio bonorum*, et la déportation, *deportationis exilium* ou *pœna deportationis*. (Voy. sur tout ceci les titt. 26 des liv. IX aux CC. Th. et Just. et le beau commentaire de Godefroy, éd. Ritter, t. 3, foll. 222 et suiv.)

A toutes ces lois si multipliées, dont nous venons d'analyser sommairement les plus importantes, et dont nous avons vu cinq, les *leges Calpurnia*, *Fabia*, *Tullia*, *Aufidia* et *Porcia* se succéder à dix ans d'intervalle (687-697 U. C. = 67-57 a. Ch.), à toutes ces lois si diverses, n'aurait-on pas pu appliquer avec autant de justesse et de vérité, le mot si profond d'Horace (*Od.*, III, 24, vers 35 et suiv.) touchant les *leges caducariæ* ou *novæ* : « *Quid leges sine moribus Vanæ proficiunt...* » ? Oui, sans doute, s'il en faut croire Cicéron, au rapport de qui (*De Off.*, III, 21) César avait sans cesse à la bouche ces vers d'Euripide (*Phœniss.*, act. II, vers 490 et suiv. de l'éd. de M. Bothe, *Poetæ scenici Græcor.*, t. 1) :

« Εἴπερ γὰρ ἀδικεῖν χρὴ, τυραννίδος πέρι
« Κάλλιστον ἀδικεῖν· τἄλλα δ' εὐσεβεῖν χρεών »,

vers qu'il traduit ainsi : « *Nam, si violandum est jus, regnandi gratia Violandum est : aliis rebus pietatem colas.* » (Voy. aussi Suet., *Cæs.*, 30.)

La pensée d'Horace trouve ici d'autant mieux son écho, que les abus furent loin de cesser avec Auguste, et Pline le Jeune nous apprend à cet égard, dans une lettre fort curieuse par les détails qu'elle nous fournit sur les désordres des comices (*Epist.*, lib. VI, ep. 19, éd. Panck.), que l'empereur Trajan a réprimé l'un des plus criants, en proscrivant, par une loi contre la brigue, les dépenses scandaleuses qui déshonoraient les candidats, et en les obligeant en même temps à placer le tiers de leur fortune en fonds de terre. (Comp. Cujas, *ubi supra*.) Avant cette loi (Plin., *eod.*), une décision du Sénat avait déjà défendu aux candidats de donner des repas, d'envoyer des présents, de consigner de l'argent : « *Candidati ne conviventur, ne mittant munera, ne pecunias deponant.* » — « *Ex quibus* », ajoute Pline, « *duo priora tam aperte quam immodice fiebant ; hoc tertium, quanquam occultaretur, pro comperto habebatur.* »

Ce n'était pas seulement la brigue des fonctions urbaines qu'on avait dû songer à réfréner : il fallut aussi penser à élever un rempart contre l'*ambitus* des fonctions extra-urbaines que convoitait d'autant plus la rapacité des compétiteurs, qu'elle leur fournissait un moyen facile d'arriver à des gains illégitimes. A l'origine, on imagina à cet égard un procédé ingénieux. On faisait élire par la cité les questeurs et les préteurs urbains et provinciaux, et cela fait, on tirait au sort les titulaires qui devraient exercer à Rome ou dans les provinces. Il nous paraît évident que ce qui, en pratique, avait pu influer sur ce mode de procédé, c'était la crainte de l'*ambitus* appliqué à l'obtention de charges provinciales. (Comp. Mommsen, *Handb.*, t. 1, p. 58.) Mais, s'il trouva dans le tirage au sort une efficace barrière, l'histoire nous montre

§ 2. — *Propagation de la vénalité sous l'Empire.*

Auguste était trop diplomate pour ne point chercher à inventer de nouvelles fonctions, dont les titulaires deviendraient autant de créatures intéressées à maintenir l'ordre de choses par lui établi. Aussi bien il signala son avènement à l'em-

---

que, malheureusement, le sort fut ici comme ailleurs bien souvent aveugle. Au reste, ce qui a dû, en outre, concourir à l'établissement de ce système, c'est que, de cette manière, il était plus facile au Sénat de changer les compétences que le sort tout seul, et non la cité, fixait directement : si les comices avaient immédiatement élu le gouverneur de Sicile, par exemple, il fût devenu difficile de l'employer autre part. Quant aux fonctionnaires nommés préteurs par les cités, changer, d'après les circonstances, les compétences légalement fixées, offrait moins de difficulté. — On sait au surplus que plus tard, lorsque se fut accru le nombre des provinces, on confia leur administration aux consuls et aux préteurs qui sortaient de charge, et qui allaient ainsi continuer dans leur gouvernement, sous le titre de *pro consule*, *pro prætore*, leurs fonctions expirées à Rome. (Voy. M. Ortolan, *op. cit.*, p. 195.)

(23) Ce terme est parfois synonyme du mot *Imperium* et désigne d'une manière générale le droit de commander et de recourir à la force : tous les grands magistrats romains étaient investis de ce droit. (L. 32, fr. Ulp., *De injur.*, D., XLVII, 10 ; LL. 214, fr. Marcian., et 215, fr. Paul., *De verb. signif.*, D., L, 16.)

(24) Au point de vue historique, la renonciation dont nous parlons remonte en réalité au jour où la République fut mise en tutelle, et où, après la ruine du parti de Pompée, le Sénat décernant la dictature à vie et le consulat pour dix ans à son rival victorieux, décréta que César disposerait de toutes les magistratures et de tous les honneurs que le peuple avait jusqu'alors conférés. Mais nul n'ignore que l'illustre dictateur déclara que, le consulat excepté, il ne consentait à recevoir le droit d'élection, pour toutes les autres magistratures, qu'à la condition de le partager avec le peuple ; la moitié des magistrats était choisie par les citoyens, et les autres désignés par César (Dio Cass., XLIII, 14 et 47 ; Suet., *Cæs.*, 41), d'une manière dont Suétone (*eod.*) nous a transmis la description. Au jour des comices, auxquels la dictature devait être si fatale, César faisait distribuer dans les tribus de petits bulletins, contenant une sorte d'ordre déguisé sous forme de recommandation (*commendare*, *commendatio ;* Cæs., *De bell. gall.*, VIII, 50 ; Vell. Paterc., II, 124 *in fine*. — Notons ici que le verbe *commendare* revêt parfois, dans la langue du droit privé, une acception toute différente, et est synonyme de *deponere*, déposer : LL. 24, fr. Papin., et 26 pr., fr. Paul., *Depos. vel cont.*, D., XVI, 3 ; L. 186, fr. Ulp., *De verb. signif.*, D., L, 16) : « *Et edebat per libellos circum tribus missos scriptura brevi : Cæsar dictator illi tribui. Commendo vobis illum et illum, ut vestro suffragio suam dignitatem teneant.* » — «...et parce qu'on ne pouvoit refuser ceux qui étoient porteurs de ces billets », dit Loyseau, après avoir rapporté le passage précité (*op. cit.*, liv. III, chap. 1, n° 25), « de là vient le proverbe, *Petis tanquam Candidatus Cæsaris.* » (Voy. Quint., *Inst. orat.*, VI, 3.) — Consulter d'ailleurs sur les évènements qui se passèrent entre 708 et 710 de Rome = 46-44 av. J.-C., au profit de César et à son détriment, *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 139, p. 132, note 89, et surtout M. Duruy, *Hist. des Romains*, 2e éd., t. 2, chap. XXXII, pp. 489 et suiv.

pire par la création de plusieurs charges importantes (1).

---

(1) Suet., *Aug.*, 37 : « *Quoque plures partem administrandæ reipublicæ caperent, nova officia excogitavit : curam operum publicorum, viarum, aquarum, alvei Tiberis, frumenti populo dividundi, præfecturam Urbis* (voy., sur cette forme, *infra*, note 5), *triumviratum legendi senatus, et alterum recognoscendi turmas equitum, quotiescumque opus esset. Censores creari desitos, longo intervallo creavit. Numerum Prætorum auxit.* » (Cf. *id.*, *eod.*, 30.) Nous nous bornerons à faire observer, sur le texte précité, que nous retrouverons plus tard (*infra*, note 17), d'une part, que les fonctions de la *cura operum publicorum* (examen de l'état des temples et des édifices publics, entretien et réparation des monuments; voy. M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, nos 332 et suiv., pp. 278 et suiv.), que Vitellius, ainsi qu'on le sait, commença par remplir, n'étaient qu'un démembrement de celles des censeurs et des édiles, de même que celles relatives aux chemins (*viæ*); d'autre part, que les surveillants du cours du Tibre (*curator alvei Tiberis et riparum*, Orell., no 1172 ; Cf., d'ailleurs, Orell.-Henzen, t. 3, *Indices*, p. 108, vo CURATORES ; voy. aussi Serrigny, *op. cit.*, t. 1, pp. 275 et suiv.) avaient aussi pour mission de fixer les limites que les maisons ne pouvaient dépasser; et qu'enfin, en ce qui concerne l'augmentation du nombre des préteurs, qu'il porta à douze, d'après Tacite (*Ann.*, I, 14 *in fine*), à seize d'après Pomponius (*loc. infra cit.*), Auguste était loin d'en être l'inventeur. (Voy. M. Willems, *op. cit.*, pp. 261 et suiv.) César l'avait déjà précédé dans cette voie (Suet., *Cæs.*, 41), et, avant lui, Sulla, après avoir augmenté considérablement le nombre des *quæstiones perpetuæ* (voy., sur ces *quæstiones*, M. E. Labatut, *Hist. de la prét.*, liv. II, chapp. II et III, pp. 156 et suiv.), avait ajouté deux nouveaux préteurs (et non pas quatre, comme le dit Pomponius, L. 2 § 32, *De orig. jur.*, D., I, 2) aux six charges déjà existantes et dont deux s'exerçaient à Rome, et quatre dans la Sicile, la Sardaigne et les deux Espagnes. (Tit. Liv., *Epitome*, XX. Cf. XXIII, 31 ; XXXII, 27-28 ; Pompon., *eod.*) Donc on comptait sous Sulla huit préteurs (Vell. Paterc., II, 89 ; Dio Cass., XLII, 51) et non pas dix, selon le calcul erroné auquel ferait aboutir la fausse donnée de Pomponius. — Dans le but de témoigner sa reconnaissance à ses partisans, et dans l'impossibilité où il était de s'acquitter autrement envers eux, César porta le nombre des préteurs à dix d'abord (Dio Cass., XLII, 51; *contra* Pomp., *eod.*), puis à quatorze et même à seize. (Dio Cass., XLIII, 47, 49, 51.) Auguste le réduisit à huit, en 727, à ce qu'il semble, mais il revint à dix en 731 (Dio Cass., LIII, 32. Cf. Vell. Paterc., *eod.*), par suite de la création des deux *prætores ærarii*. Il atteignit bien le chiffre de seize, mais ce chiffre ne fut qu'accidentel et transitoire (Dio, LVI, 25) ; quoi qu'en dise Pomponius (*eod.*), c'est celui de douze qui fut le chiffre normal dans les dernières années du règne d'Auguste, et il demeura tel jusque vers la fin de celui de Tibère. (Tacit., *ubi supra*. — Voy. Mommsen, *Handb.*, II, p. 194; et comp. Vogel, *Hist. des mœurs romaines*, t. 1, pp. 215, 216.) Sous Claude, en l'an 44, il y eut à Rome dix-huit préteurs, et, plus d'un siècle après, au temps de Pomponius, ce chiffre subsistait encore. (L. 2 § 32, *De origine juris*, D. ; Rudorff, *Röm. Recht.*, I, p. 378.) Il dut demeurer tel jusqu'au commencement du troisième siècle. (Voy. note 6, *infra*. — Comp. M. Maynz, *Cours de droit romain*, 4e éd., Bruxelles, 1876, t. 1, pp. 111 et suiv.) — Tous les préteurs créés depuis le *Prætor peregrinus* eurent des fonctions spéciales. (L. 2 § 32, *eod.*) Le *Prætor urbanus* et le *Prætor peregrinus* eurent seuls, parmi les préteurs, la plénitude de *jurisdictio*. Le premier fut institué en 387 ou 388 U. C. (Tit. Liv., VI, 42 ; L. 2 § 27, *eod.*), et le second en 507 d'après nous — (voy. J. Lydus, *De magistratibus rom.*, I, 38 et 45 ; L. 2 § 28, *eod.*, arg.; *sic :* Puchta, *Institutionen*, 8e éd., 1875, t. 1, p. 205 ; Rudorff, *Röm. Recht.*, I, p. 367 ; Ortolan, *Hist. de la législ. rom.*, 10e éd., p. 191 ; Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 792). — mais en 511 ou même en 512 selon d'autres. (Voy., pour 511 : Pighius,

C'est à cette époque que doit être rattaché l'établissement des *legati Augusti pro prætore* (πρεσβευταὶ καὶ ἀντιστράτηγοι τοῦ Σεβαστοῦ) (2) et des *procuratores Cæsaris* (voy. note 4 *infra*), double institution qui n'est qu'une suite naturelle de la division par Auguste, en l'an 727 de Rome (27 av. J.-C.), des vingt-deux provinces (*provinciæ*) (3), qui appartenaient alors à l'Etat romain, et dont nous

---

Annales Romanorum, 1615, II, p. 64; et, pour 512: Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II, p. 187, texte et note 5. Comp. M. Willems, *op. cit.*, p. 261. — Consulter d'ailleurs, sur la préture: Foss, *Quæst. criticæ, quibus interposita est disput. hist. de præt. rom. qui sub imperatoribus fuerunt*, Altenburg, 1837; Lange, I, 666-667; E. Labatut, *Hist. de la préture*, Paris, 1868; Faure, *Essai hist. sur le préteur romain*, Paris, 1878. — Voir aussi M. Dezobry, *op. cit.*, t. 2, pp. 201 et suiv., et t. 3, pp. 122 et suiv.) — Cette question de date mise à part, et quelle que soit d'ailleurs celle qu'on adopte, il faut taxer Pomponius tout au moins d'exagération quand il nous dit (L. 2 § 28, *eod.*) que c'est « *post aliquot annos* » après la création de la préture urbaine que fut institué le préteur péregrin, puisque 119 ans au minimum séparent ces deux magistratures. — Nous ferons observer que, bien que Polybe et Plutarque appellent constamment les consuls στρατηγοί, ce terme n'est que la traduction grecque du mot latin *Prætor*, dont il a techniquement le sens. (Voy. Dio Cass., XXXVI, 38; Böckh, *C. I. Gr.*, 4011, 4029 et 2485; Gruter, P. 503, *Senatusconsultum fœderis*; Labatut, *op. cit.*, p. 39, note 1, et pp. 45, 46, 50 et 67.) Nous ajouterons enfin que la préture, magistrature autrefois si élevée, tomba, au Bas-Empire, dans l'avilissement le plus complet. (Boet., *De consolat.*, III. — Voy. M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, chap. VII, pp. 67 et suiv.)

(2) Dio Cass., LIII, 13, parfois avec l'adjonction *consulari potestate* ou encore *legati consulares*, ou simplement *consulares* tout court ou *legati* tout court. (Comp. *infra* note 4. Voy. Bethmann-Holweg, *Röm. Gerichtsverf.*, § 5.) L'opinion de plusieurs auteurs, qu'ils portaient aussi le titre de *legati pro consule*, est fausse. (Salmas., *Ad Spartian. Hadrian.*, 3.) — Voy., sur tout ceci, Walter, t. 1, p. 466, § 310, texte et note 12. — Le titre officiel est *legatus Augusti pr. pr. Mœsiæ inferioris* (Grut., p. 49, 6), en grec: πρεσβευτὴς Σεβαστοῦ ἀντιστράτηγος (Waddington, *Fastes des provinces asiatiques*, nos 2296, 2525, 2071, 2399), ou πρεσβευτὴς καὶ ἀντιστράτηγος Σεβαστοῦ. (Grut., p. 69, 8. — On trouvera une collection de ces titres dans Marini, *Arvali*, p. 739; Labus, *Ara antica scoperta in Hainburgo*, Milano, 1820, 4, pp. 31 et suiv.; Borghesi, *Œuvres*, 3, 68; Böckh, *C. I. Gr.*, nos 364 et 3548.) Le titre officiel est aussi *legatus Cæsaris*, *legatus Augusti*, *legatus pr. pr. Augusti* (voy. Marini, *loc. cit.*, p. 742); mais très-rarement ce fonctionnaire s'appelle *legatus pr. pr.* sans adjonction du nom de l'empereur, parce que ce titre appartient aux *legati* des proconsuls. Par contre, l'adjonction *pro prætore* peut manquer dans la désignation de ces deux sortes de *legati*, et le Digeste nous en fournit plus d'un exemple. (Voy. Macer, L. I, *De offic. præs.*, I, 18; Papinien, *eod.*, L. 20; Gaius, L. 7, *De manum. vind.*, XL, 2.) Pareillement, les documents juridiques omettent *Cæsaris* ou *Augusti*, lorsque le nom de la province suivant le mot *legatus*, toute confusion se trouve par là même écartée. (Voy. *Lex Dei, sive incerti auctor., Mos. et Rom. leg. coll.*, tit. XV, c. II, § 4; Tryphoninus, L. 7, *De leg. præst.*, D., XXXVII, 5; *Fr. Vatic.*, § 223; de même dans les inscriptions: Marini, *Arvali*, p. 750, no 109, et sur les médailles: Eckhel, 4, 233.) — Voy., sur tous ces points, Marquardt-Mommsen, IV, p. 408, note 2.

(3) Le mot *provincia* n'a pas toujours eu la même signification.

I. — Il désigna d'abord le commandement militaire à exercer sur un théâtre déter-

donnons ci-dessous la nomenclature (p. 249, note 4 *in init.*),

---

miné de la guerre (ex. gr. : *Hernici provincia*, Tit. Liv., VII, 11 ; *Etruria provincia, id.*, X, 11, etc.), ou, si on préfère parler un langage plus technique, les *vinciæ* ou *provinciæ* primitives n'étaient autres que les attributions spéciales extra-urbaines des fonctionnaires supérieurs. Festus, dans son abréviateur Paul Diacre, nous dit à ce sujet : « *Provinciæ appellantur, quod populus Romanus eas provicit, id est ante vicit.* » (Lib. XIV, éd. Panck., t. 194, p. 388. Voy. Paul. Diac., éd. Müller, p. 226. — Comp., sur ce texte, Ortolan, *Hist. de la législ. rom.*, 10e éd., p. 193, note 1.) Et il ajoute plus bas : « *Vinciam dicebant continentem.* » (Lib. XIX, éd. Panck., p. 685.) Mommsen (*Handb.*, I, p. 50, note 2) fait observer avec raison que ce dernier passage contient une antithèse inexacte à *provincia* pris dans la signification postérieure de circonscription administrative d'outre-mer, de territoire extra-italique. (Voy. *infra*, III.) — Quant à l'étymologie de notre terme, sur laquelle on ne s'accorde guère (voy. *infra*), elle fait aboutir à ce résultat, ainsi que le remarque fort bien le même auteur (*ubi supra*), qu'à l'origine *vincia* et *provincia* doivent avoir été entre eux dans le même rapport que *gradior* et *progredior*. L'idée fondamentale du mot réside tout entière dans le fait de la marche en avant des deux armées dans des directions différentes, marche qui, en cas de succès, les éloigne toujours nécessairement davantage l'une de l'autre. De là vient l'importance que prend la préposition *pro*, et de là vient aussi qu'on ne peut pas, dans ce sens, parler d'une seule *provincia*, mais qu'il ne peut être nécessairement question que de deux au moins, ou d'un plus grand nombre. On trouvera, à la p. 3 du traité de Mommsen, *Die Rechtsfrage zwischen Cäsar und dem Senat* (Breslau, 1857), des preuves plus détaillées de la dérivation du mot *vincia* de *vincere*, qui ne saurait, à nos yeux, être révoquée en doute. — Au lieu de l'étymologie de Festus, que M. Houdoy (*op. cit.*, p. 87) trouve « plus que contestable », Niebuhr (*Röm. Gesch.*, t. 3, 3e éd., p. 1081) propose de faire dériver ce mot de *proventus*, *προσοδος*, *vectigal*, revenu ; d'autres le font venir de *regionem ad imperium romanum provinctum* (Francke, p. 295) ; d'autres de *vices* (Daederlim, *Lat. synon.*, VI, 289) ; d'autres enfin de *providere* (M. Ed. Labatut, *Hist. de la préture*, p. 45). « *Procul positas regiones provincias appellaverunt* », dit à son tour Isidore de Séville. (*Orig.*, XIV, 5. — Voy. encore, sur l'étymologie de ce terme : Becker, II, 2, 115, note 252 ; Willems, *op. cit.*, p. 215, note 8.) — Les observations qui précèdent rendront aisément compte de ce que, pour les hypothèses fréquentes, mais toujours exceptionnelles, où l'un des deux consuls se trouvait à Rome, alors que l'autre était en campagne, il n'existe pas de terme technique pour désigner le partage des affaires qui en résultait, puisque le mot *provincia*, dans le sens de compétence, ne peut pas se dire d'un commandement unique ; d'un autre côté, pour marquer la situation du consul qui restait *in urbe*, on ne rencontre pas une seule expression formant antithèse ; cela se conçoit, parce que les locutions *un consul domi* et *un consul militiæ* s'appliquent à une anomalie et non à une institution. (Voy. Mommsen, *eod.*, p. 34, texte et note 3.)

A cette première acception (attributions) se réfèrent directement les expressions suivantes :

α. — *Comparare sortirive provincias.* (Tit. Liv., XXX, 1 ; XXXII, 8 ; XXXVII, 1 ; XLII, 31 ; XLIII, 12 ; XLV, 17 ; Cf. *sortiri provincias :* Tit. Liv., XXI, 17 ; XXVII, 35, 36 ; XL, 1, pour les consuls et les préteurs ; XLIV, 17 ; dans ce dernier passage, ce sont les préteurs qui tirent au sort ; et Sallust., *Jugurth.*, 43 : « *Post Auli fœdus exercitusque nostri fœdam fugam, Q. Metellus et M. Silanus consules designati provincias inter se partiverant.* ») Cet acte suppose que les consuls se sont d'abord entendus sur la détermination, sur le partage de leurs attributions, et les docu-

en douze *provinciæ Cæsaris* ou *principis*, et en dix *provinciæ*

---

ments le regardent comme aussi ancien que le consulat lui-même (comp., par ex., Tit. Liv., II, 40 *in fine*, pour l'an 267 : « *Sicinio Volsci, Aquillio Hernici..... provincia evenit* » ; X, 24 : « *Omnes ante se consules sortitos provinciam esse* ») ; mais il n'empêchait nullement, en droit, chaque consul de conserver la prérogative de conduire l'armée dans les limites ou hors des limites de tout le territoire romain. (Il n'y a pas, à cet égard, de témoignage plus formel et plus absolu que celui d'un passage d'une lettre de Cicéron à Atticus, VIII, 15, 3 : « *Neminem esse fere, qui non jus habeat transeundi, nam aut cum imperio sunt ut Pompeius..... ipsi consules, quibus more majorum concessum est vel omnes adire provincias, aut legati sunt eorum* » ; d'où il résulte que le consul était autorisé par la Constitution à s'arroger, partout où il voulait, le titre de commandant ; de telle sorte que la *provincia* consulaire, c'est-à-dire la *provincia* primitive, n'engageait pas au point de vue du droit le général, tandis que cela fut le cas pour la *provincia* prétorienne, qui est de date plus récente. — Comp. Mommsen, *eod.*, p. 52, texte et note 1.) On ne sera donc pas surpris de voir l'un des consuls empiéter, sans hésitation, sur la sphère des attributions de son collègue, là ou des circonstances l'exigeaient, et spécialement là où des raisons militaires rendaient nécessaire une assistance extraordinaire, comme cela arriva en l'an 270 au consul Cæso Fabius qui, étant en campagne contre les Eques, vint au secours de son collègue, assailli par les Véïens. (Tit. Liv., II, 48.) Aussi les anciens annalistes se contentent-ils de raconter le fait, sans faire ressortir l'empiètement de compétence comme une anomalie. (Voy. Mommsen, *eod.*, et note 2.) Observons ici que la *provincia* échue au consul détermine naturellement celle du questeur, qui lui est associé (*id.*, *eod.*, p. 56) ;

β. — *Nominare provincias* (assigner des départements ; Tit. Liv., XXI, 17 ; XXVIII, 38 ; XLIV, 17 ; Mommsen, *eod.*, p. 54, note 4, fait à bon droit observer que, dans ce dernier passage, il est incorrect de parler des consuls et des préteurs : *nominare*, en effet, ne convient pas pour ces derniers). L'expression plus courante *decernere* — (Tit. Liv., XXVII, 35 : « *Gallia..... decreta.* » Cf. XXV, 3 ; XXVI, 1, 28 ; XLV, 16, etc. ; Cic., *In Vatin.*, 15 : « *Provinciæ decernendæ potestas* », où le singulier est évidemment un concret) — n'est pas tout à fait juste. (Mommsen, *eod.* Comp. M. Willems, *op. cit.*, pp. 215 *in fine* et suiv.) Quant à celle de *provinciam destinare* (Tit. Liv., XXVIII, 38, 40), elle n'a rien de technique. *Nominare provincias* est la formule qui a vraiment ce caractère. Elle témoigne du droit pour le Sénat de donner des instructions aux consuls, quand il leur a assigné en commun l'Italie comme province. Jusqu'à la loi *Sempronia*, de l'an 631 (d'après Mommsen, *eod*, p. 52), ou 632 (d'après Walter, *op. cit*, 3e éd., t. 1, p. 195), qui prescrivait au Sénat de déterminer annuellement les provinces consulaires — (Cic., *Pro domo*, IX, 24 ; *Pro Balbo*, XXVII, 61 ; *junge :* Sall., *Jug.*, 27 ; Cic., *De prov. cons.*, II, 3 ; cf. XV ; Ferrat., *Epist.*, III, 8), — le Sénat n'a pas eu d'autorité suffisante pour accomplir cet acte, ni pour limiter arbitrairement par des délimitations de compétence la très-ancienne prescription d'après laquelle chaque consul pouvait exercer en dehors de Rome le commandement, soit en deçà, soit au-delà des limites du territoire. Il convient cependant d'ajouter que les prérogatives absolues du commandement consulaire avaient été limitées par les lois qui, depuis l'an 527, avaient établi des commandements spéciaux d'outre-mer à résidence fixe (*provinciæ*, dans le sens ultérieur du mot), sous des gouverneurs particuliers, qui étaient en général les égaux des consuls ; la mission d'un consul dans une province de ce genre qui, de droit, constituait une province prétorienne, bien que n'étant nullement rare, et quoique formant même la règle dans le cas d'un pressant danger de guerre — (comme en 536, pour la Sicile : Tit. Liv., XXI, 17, 49 ; en 559, et de 609 à 620, pour

senatus ou *populi* (4) *. C'est également au règne de ce prince

---

l'Espagne ; en 577, 591, 628, 639, pour la Sardaigne ; en 640, pour la Macédoine), — ne peut être confiée que par ordre du Sénat. (Voy. Mommsen, *eod.*, p. 53.) La même observation s'applique déjà au sixième siècle en ce qui concerne la conduite de la guerre dans les pays d'outre-mer, même là où elle pouvait avoir lieu sans que le général eût à s'immiscer dans l'administration d'une de ces provinces. (Les mesures prises en l'an 557 — Tit. Liv., XXXII, 28 — à la suite de discussions qui s'élevèrent durant la guerre contre Philippe, prouvent bien, d'une part, que les consuls avaient le droit de tirer au sort sans avoir au préalable consulté le Sénat, de telle sorte que la fixation des provinces consulaires par le Sénat n'était nullement nécessaire en théorie ; et, d'autre part, que, si les consuls avaient voulu se limiter à l'Italie, ils n'auraient pas été obligés de consulter le Sénat ; et enfin, que la conduite d'une guerre d'outre-mer sans l'assentiment de ce corps consultatif suprême était empêchée, comme contraire à l'esprit de la Constitution, par la réclamation des tribuns, qui en était le correctif.) En un mot, du moins depuis la guerre contre Annibal, si la conduite d'une guerre d'outre-mer revient toujours encore essentiellement aux consuls, ceux-ci ne peuvent se charger d'un commandement de ce genre, même après le commencement des hostilités, qu'avec l'assentiment du Sénat. Mais dans ces limites, sur le continent italique, en y comprenant les territoires du Nord qu'on y rattachait encore à cette époque au point de vue politique jusqu'aux frontières des Alpes (Ligurie, Gaule, Istrie et Illyricum), les consuls ont le droit de diriger la guerre même sans résolution du Sénat, de telle sorte que si le Sénat assigne aux deux consuls en commun l'Italie comme province (voy. *infra*, III), cela n'a pas d'autre signification, sinon qu'il n'existe pas de raison de créer des fonctions spéciales et extraordinaires, et qu'on est arrivé à l'état normal (Tit. Liv., XXXIX, 38 : « *Consulibus Ligures, quia bellum nusquam alibi erat, decreti.* » Cf. de même XL, 1) où le commandement supérieur s'exerce concurremment dans la sphère des opérations en commun. (Les discussions qui eurent lieu en l'an 557, et auxquelles il a été fait allusion ci-dessus, montrent clairement que la formule usitée : *Patres consulibus ambobus Italiam provinciam decreverunt*, — Tit. Liv., XXVII, 22 ; XXXII, 28 ; XXXIII, 25 ; XXXIV, 43 ; XXXV, 20, etc., — marque que le commandement supérieur s'exerce en commun. Après que le commandement de l'Italie eut été confié en commun aux deux nouveaux consuls, ils dirigèrent la guerre contre les Gaulois cisalpins, sinon *conjunctis legionibus*, Tit. Liv., XXXII, 30, du moins *communi animo consilioque*, *id.*, XXXIII, 22. L'année suivante, 558, les deux consuls combattirent en effet avec des pouvoirs égaux sur le même théâtre de la guerre, *junctis exercitibus*, *id.*, XXXIII, 37.) — Par là se trouve démontrée notre proposition initiale, que ce qui appartient au Sénat, c'est le droit de donner des instructions aux consuls, dans les limites de cette sphère étendue, c'est-à-dire de les charger de missions, ainsi que le prouve encore péremptoirement la décision de l'an 557 (Tit. Liv., XXXII, 28. Comp. Mommsen, pp. 54 *in fine* et 55, texte et note 1), droit qui apparaît dès le début du consulat, par conséquent longtemps avant l'époque où il est question d'*Italia provincia ;* ajoutons que, lorsque ces missions s'appliquaient à deux objets différents, ou bien, comme ce fut l'usage par la suite, lorsqu'elles étaient immédiatement réunies de façon à engendrer deux sphères d'activité, il est évident qu'elles devenaient régulièrement le point de départ des conventions entre les consuls ; il en résulte que les attributions étaient préalablement délimitées, et qu'il ne restait plus à décider la question de personne que par une convention ou par le sort (Tit. Liv., XXX, 1, 40 ; XXXII, 8), à moins que le Sénat, comme cela arriva quelquefois, mais rarement, ne priât les consuls de renoncer au

* Voir note 4, page 249.

qu'il faut se reporter pour connaître la date de l'institution :

---

tirage au sort (*extra sortem*, *extra ordinem*) et d'adopter ses propositions (Tit. Liv., VIII, 16), — déférence qui, pour être absolument volontaire et rentrer théoriquement dans la *comparatio*, ne la détruisait pas moins en fait, — ou aussi de s'en rapporter au Sénat. (Tit. Liv., XXXVII, 1.) La décision par le sort était la plus fréquente, et Zumpt (*Studia romana*, pp. 5-16) en fournit de nombreux exemples. Parfois cependant, une province était attribuée à l'un des deux consuls par le Sénat ou le peuple, sans tirage au sort. (Tit. Liv., X, 24 ; XXVIII, 38; XXXVII, 1. Voy. Walter, *op. cit.*, t. 1, p. 194, note 6.) Que si l'on trouve à différentes reprises que le Sénat a décerné une province *extra ordinem* (Tit. Liv., III, 2 ; VI, 22 ; VII, 23 ; X, 24), Mommsen pense que ce n'est là qu'une abréviation de langage, ou bien ce mode de collation est indiqué comme excluant le tirage au sort aussi bien que la convention. (Tit. Liv., VI, 30 : « *Volsci provincia sine sorte, sine comparatione, extra ordinem data.* » — Voy. *Handb.*, *eod.*, p. 55, note 2.) — Les instructions dont il vient d'être parlé formèrent d'assez bonne heure l'usage, mais il faudrait se garder de croire qu'elles liaient le consul d'une façon absolue ; les textes nous montrent que celui-ci pouvait s'en écarter dans trois cas notamment : soit à la demande de son collègue (Tit. Liv., X, 18); soit après l'exécution de la mission qu'il avait reçue (Tit. Liv., X, 37. Comp. c. 32. Ce passage contient bien, il est vrai, un blâme contre le consul, *quod injussu Senatus ex Samnio in Etruriam transisset;* mais par contre, on voit ailleurs, XXXVI, 39, un reproche fait au consul, pour n'être pas entré sur le territoire de la Ligurie, après avoir terminé la guerre dont il avait été chargé contre les Boïens); soit enfin dans d'autres cas particulièrement pressants. (On en trouvera deux exemples dans Tit. Liv., XXVII, 43, et XXIII, 41.) A peine est-il besoin de faire observer que le consul agissait toujours ici sous sa responsabilité, et qu'il était souvent l'objet de graves reproches. (Tit. Liv., XLIII, 1 ; XXIX, 19. Cf. c. 7 ; XXVIII, 17. Cf. c. 42 ; XLI, 7.) Ajoutons qu'il ressort de tous les faits que, pour le commandement militaire supérieur de l'Italie, l'exercice en commun fut la règle jusqu'au septième siècle, et même que le partage de fait en *provinciæ* (compétences) n'a jamais eu un caractère théorique proprement dit, et n'a pas reçu une application régulière, ainsi que le prouve bien l'attribution aux deux consuls de la Ligurie dans les années 567, 569-574 comme une *provincia* à gouverner en commun. (Tit. Liv., XXXVIII, 42 ; XXXIX, 32, 38, 45 ; XL, 1, 18, 35, 44.) Cela tient à ce que le principe de la *collégialité*, qui n'a jamais reçu d'application, en ce qui concerne tous les fonctionnaires domiciliés hors de Rome, que dans le nom (voy. à ce sujet Mommsen, *eod.*, pp. 57 et suiv.), n'a disparu ici, au double point de vue de la théorie et de la pratique, qu'à l'époque où les consuls, en tant que tels, perdirent en général, par la réforme de Sulla, le commandement extra-urbain. Il fut remplacé, dans l'Italie septentrionale, par le commandement proconsulaire (voy. Walter, *op. cit.*, t. 1, p. 195, texte et note 8), qui exclut par essence la *collégialité*. Du commandement extra-urbain, il fut encore question après Gracchus en l'an 643, appliqué surtout à l'*Italia provincia*. (Sallust., *Jug.*, 43.) Mais depuis Sulla il n'y a plus en Italie de commandement ordinaire. Que si, plus tard, les consuls, durant l'année de leurs fonctions, se chargent de la direction d'une guerre, comme Lucullus et Cotta contre Mithridate en l'an 680, il faut ramener ces faits à des décisions extraordinaires ; quant à la règle, aucun doute ne peut exister pour l'époque de Cicéron. Il suit de là que c'est l'époque antérieure à Sulla qui est désignée comme temps passé dans cette citation d'Aulu-Gelle, X, 15 : « ..... *rarenter flamen Dialis creatus consul est, quum bella consulibus mandabantur* » ; et Mommsen en conclut (*eod.*, p. 56, note 4) qu'il n'est pas possible que ces mots aient été écrits par Fabius Pictor le Jeune, ainsi que le dit Aulu-Gelle, mais qu'ils appartiennent probablement à Masurius Sabinus comme d'autres

A. — Du préfet de la ville (*præfectusurbi*) (5)*, dignité dont

---

parties de cette citation. (Comp. sur tout ceci, Mommsen, *op. cit.*, t. 1, pp. 50 et suiv.)

II. — Lorsqu'au début du sixième siècle de Rome (en 507), le nombre des préteurs fut porté à deux (Tit. Liv., *Epit.* XIX; Lyd., *De mag.*, I, 38, 45; Zumpt, *Criminalr.*, I, 2, 451, note 33), la juridiction civile de Rome fut divisée en deux *provinciæ*, qui étaient réparties par *comparatio* ou *sortitio* entre les deux préteurs : c'était la *provincia*, *sors* ou *jurisdictio urbana* et *peregrina*. (Tit. Liv., XXII, 35; XXIII, 30; XXIV, 9; XXVII, 36; XXVIII, 38; XXXII, 28; XLIV, 17. Cf. Pompon., L. 2 §§ 27 et 28, *De orig. jur.*, D., I, 2. — Voy. M. Willems, *op. cit.*, p. 261.) Le mot *provincia* revêtit alors la signification plus générale d'une juridiction déterminée, et correspondit exactement à notre mot département pris au figuré, comme par exemple dans la locution département ministériel. (Comp. Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 112 *in fine*.) C'est ainsi que Cicéron emploie très-nettement *provincia* dans ce sens de département. (*Pro Murena*, 20. Cf. *id.*, *eod.*, 21 : « *provincialia negotia.* »)

III. — La troisième et dernière acception de notre terme est à peu près contemporaine de la précédente; elle remonte en effet à l'an 527 de Rome, c'est-à-dire à l'époque précise où furent établies les deux premières prétures provinciales de la Sicile et de la Sardaigne. (L. 2 § 32, fr. Pompon., *De orig. jur.*, D., et Novell. XXIV *præfat.*; Florus, *Epit.*, XX. — Voy. J. Klein, *Die Verwaltungsbeamten der Provinzen des röm. Reichs bis auf Diocletian*, t. 1, 1re part., Sicile et Sardaigne, Bonn, Strauss.) *Provincia* prit alors le sens géographique de circonscription administrative, de province. (Cicéron emploie déjà à maintes reprises ce mot en ce sens : *De provinciis consularibus; In Verr.*, act. II, lib. II, cap. 1, § 2, et cap. 3, § 7; *Pro Arch.*, 4; *Philipp.*, II, 36, 92; X, 11, 25 et suiv.; *In Pison.*, II, 5. *Adde :* Tit. Liv., XXVII, 36; XLV, 28; Tacit., *Hist.*, I, 11; *Ann.*, II, 43, 59; Suet., *Cæs.*, 18 et 28; *Oct.*, 36; *Galb.*, 7; Aul. Gell., XV, 4; Ulp., L. 123 § 1, *De div. reg. jur.*, D., L, 17. — Vell. Paterc. donne un tableau de l'acquisition par Rome des provinces, II, 38, 39.) C'est à ce dernier sens que se réfère l'expression si courante à Rome, sous la République, d'*instruere* et d'*ornare provinciam*. (Voy. notamment Cic., *In Pis.*, II, 5; Suet., *Cæs.*, 18. Cf. Cic., *De leg. agr.*, II, 13; *Ad Att.*, III, 24; *Ad famil.*, II, 3, 1; Lamprid., *Alex. Sev.*, XLII, 4; Frontin., *Epit.*, 16; MM. Labatut, *Hist. de la préture*, p. 251; Marquardt-Mommsen, IV, pp. 385 *in fine* et suiv. — Voir aussi Dezobry, *op. cit.*, t. 3, p. 141 *in fine*.) — Nous avons vu plus haut le Sénat assigner aux deux consuls, en commun, l'Italie comme province; or, Mommsen (*Handb.*, t. 1, p. 54, note 1) remarque très-judicieusement qu'il est probable que, dans les temps plus anciens, le Sénat n'avait pris dans ce cas aucune décision, et qu'alors on ne créait pas de *provinciæ* dans le sens technique du mot; ce n'est que depuis qu'il y eut des attributions spéciales prétoriennes (*prætoriæ provinciæ*, Tit. Liv., XXVIII, 38) que l'on put aussi parler, par opposition d'« *Italia provincia.* »

Provincia désigna dès lors, dans cette acception, d'abord un territoire extra-italique soumis par la guerre au peuple romain, tributaire de Rome (*prædium populi Romani*, Cic., *In Verr.*, act. II, lib. II, cap. 3, § 7), doté par elle d'une organisation provinciale et gouverné par un de ses magistrats. Ce nom fut également conféré dans la suite à des pays que la donation ou la simple occupation avaient acquis à l'Etat romain et même à des royaumes tributaires. (Strab., XVII, 3, § 25, p. 840 Cas.) C'est à cette troisième acception que se réfère la formule technique : *in provinciæ formam redigere*. (Suet., *Cæs.*, 25; Tacit., *Ann.*, II, 56. Cf. 42 : « *Regnum in provinciam redactum est...* ») Lorsqu'un pays était conquis, le Sénat en réglait l'organisation par un sénatus-consulte, puis il y envoyait une commission (ordinairement dix *legati*, MM. Wil-

* Voir note 5, page 254.

furent revêtus et qu'honorèrent Symmaque, à la fin du quatrième

---

lems, *op. cit.*, pp. 216 et 407 ; Houdoy, pp. 10 et 90), dont les membres étaient choisis dans son sein. Celle-ci avait pour mission de mettre à exécution l'organisation décrétée (et c'est là ce qu'exprimait notre formule), de concert avec le général victorieux qui, on le sait, recevait la *deditio* du peuple vaincu. (Cic., *De off.*, I, 11, § 35. Tite-Live nous a conservé des formules de *deditio*. Voy. I, 38 ; VII, 31 ; IX, 9. Cf. Plaut., *Amphit.*, I, 1, 102 ; Polyb., XXXVI, 2.) D'après certains auteurs, cette organisation constituait la *lex provinciæ*. (Voy. MM. Willems, *op. cit.*, pp. 407 et suiv. ; Houdoy, *op. cit.*, pp. 89 et suiv. *Contra* Mommsen, *Dr. mun. de Salp.*, 393, note 12. Comp. d'ailleurs sur la *lex provinciæ :* P. Manutii *Lib. de legib.*, cap. x, dict. edit., pp. 830 et suiv. ; Marquardt-Mommsen, IV, 338-365 ; Walter, *op. cit.*, §§ 95-97, 233, 244-246.) Cette *lex provinciæ* portait d'ordinaire le nom du général qui avait fait la conquête et présidé à cette organisation, et telles furent notamment la *lex Æmilia* pour la Macédoine (Tit. Liv., XLV, 28 sqq., et notamment 30 et 32 ; Justin., XXXIII, 2) ; la *lex Mummia* pour la Grèce (Polyb., LX, 9, 10 ; Zonaras, IX, 31) ; la *lex Rupilia* pour la Sicile (Cic., *In Verr.*, act. II, lib. II, cap. 13, § 34, et cap. 16, § 39 ; Val. Max., VI, 9, 8) ; la *lex Pompeia* pour la Bithynie et le Pont. (Strab., XII, 27 ; Plin., *Epist.*, X, epp. 79 sqq., et spécialement 83 sqq.), etc. — On peut également consulter sur le point qui nous intéresse, le *senatusconsultum de Thisbœis* (auj. Kakosi en Béotie), de l'an 584 de Rome (170 av. J.-C.), publié récemment d'abord par M. P. Foucart (*Sénatusconsulte inédit de l'année 170 avant notre ère*, Paris, 1872 ; voir aussi *Archives des missions scientifiques et littéraires*, t. 7), et d'après lui par Mommsen. (*Ephem. epigr.*, I, 278 et suiv., Rome, 1873.) Seulement, il y a doute sur le point de savoir si la commission des cinq *legati* dont il est question dans ce S. C. (*Ephem. epigr.*, p. 279, linn. 11-13) est simplement une commission d'exécution, comme le croit Mommsen (*loc. cit.*, p. 292), ou plutôt, comme l'estiment MM. Foucart (*loc. cit.*, pp. 30-31) et Willems (*op. cit.*, p. 206, note 9), s'il ne s'agirait pas d'une commission nommée pour préparer le sénatus-consulte. — (Comp. sur les trois sens de notre terme : MM. Walter, t. 1, p. 194, note 5 ; § 233, pp. 341 et suiv. ; Willems, *op. cit.*, p. 215, note 8 ; pp. 239 et 407 ; A. Houdoy, *Le droit municipal*, pp. 87 et suiv. ; le baron Desazars, *Rev. gén. du droit*, 1878, p. 344 ; Ed. Labatut, *Hist. de la Prét.*, pp. 45 et 55 et suiv. Cf. pp. 237 et suiv.) — A peine avons-nous besoin de faire observer, que c'est dans la troisième acception que le mot *provinciæ* est pris au texte, ainsi que dans une foule d'inscriptions municipales, et de documents littéraires et juridiques de l'empire.

Nous ferons enfin remarquer que Térence, dans son *Phormio* (act. I, sc. 2, vers 22 et suiv.), prend le mot *provincia* dans le sens tout à fait détourné de charge, de fardeau, d'*onus*, au figuré. Il nous a semblé impossible de faire rentrer cette acception dans l'une quelconque de celles que nous venons de signaler. (Comp. M. Ed. Labatut, *op. cit.*, p. 55.)

« ... *Senes me filiis*
« *Relinquunt quasi magistrum. — O Geta provinciam*
« *Cepisti duram !* »

(4) Dio Cass., LIII, 12-15 ; Strab., XVII, 3, § 25, p. 840 Cas. ; Suet., *Aug.*, 47. — Cf. Gaius, I, 6 ; Paul. Manut., *Lib. de leg.*, cap. x, dict. edit., pp. 830 et suiv. ; Marquardt-Mommsen, IV, 402 et suiv. ; Walter, §§ 308 et suiv. ; Willems, *op. cit.*, pp. 416 et suiv. — Les douze *provinciæ* impériales étaient : *Ægyptus ; Cyprus ; Cilicia ; Syria ;* les deux provinces germaniques (*Germania superior*, *Germania inferior*) ; les quatre provinces gauloises (*Gallia Narbonensis*, *Lugdunensis*, *Aquitania*, *Belgica*. — Voy. Klipffel, *Etude sur le rég. municip. gallo-rom.*, dans la *Nouv. Rev. hist.*, 1879, pp. 290 et suiv.) ; *Hispania Tarraconensis*, et *Lusitania ;* — les dix autres :

siècle, et à deux reprises, dans la seconde moitié du cinquième,

---

Africa, *Asia*, *Bithynia*, *Achaia*, *Illyricum* ou *Dalmatia*, *Macedonia*, *Creta* et *Cyrene*, *Sicilia*, *Sardinia*, *Hispania Bætica*, restèrent sénatoriales. (Marquardt traite de chacune des provinces de l'empire romain dans son magnifique ouvrage *Röm. Staatsverw.*, pp. 90 à 425, Leipzig, Hirzel, 1873, qui forme le tome 4 de l'*Handb. der röm. Alterth.*) — Comme on le voit, Auguste conserva pour lui les provinces les plus importantes et les plus difficiles et abandonna au Sénat et au peuple celles qui exigeaient un entretien moins considérable de troupes. Cette division, qui subsista jusqu'au troisième siècle (cf. Vopisc., *Florian.*, 5 et 6), ne fut pas sans subir de fréquentes altérations, et des circonstances diverses amenèrent souvent la disparition de certaines provinces d'une catégorie au profit de l'autre. (Dio Cass., LIII, 12; cf. LX, 24; Tacit., *Ann.*, I, 76; Suet., *Claud.*, 25; Capitol., *Marc. Aur.*, 22, etc.) Dès Auguste, il y eut des échanges entre l'empereur et le peuple, et c'est ainsi que Cypre et la Gaule narbonaise passèrent à ce dernier à la place de la Dalmatie qu'Auguste se fit octroyer dans la suite. (11 ans plus tard, voy. *infra*.) Cela explique ce passage de Suétone (*Aug.*, 47) : « *Provincias validiores, et quas annuis magistratuum imperiis regi, nec facile nec tutum erat, ipse suscepit : ceteras proconsulibus sortito permisit, et* TAMEN NONNULLAS COMMUTAVIT INTERDUM... » Notre observation rend aussi raison de ce fait que Dion Cassius (LIII, 12) compte douze provinces impériales, tandis que Strabon (*loc. cit.*) n'en compte que dix, puisqu'il parle de douze provinces sénatoriales. La divergence n'est qu'apparente et s'explique aisément si l'on réfléchit que Dion se place entre les années 727 et 732 de Rome, et que Strabon se place entre les années 22 et 11 avant notre ère (732 et 743 de Rome), période durant laquelle la Narbonaise et Cypre furent précisément cédées au Sénat (en 732 U. C. = 22 av. J. C.; Dio Cass., LIII, 12; LIV, 4; Strab., p. 840 Cas.), et la Dalmatie à Auguste (en l'an 743 = 11; Dio Cass., LIV, 34). — Les provinces impériales, dont le nombre tripla jusqu'à Trajan, étaient administrées par l'empereur même, au moyen de représentants nommés personnellement par lui (Dio Cass., LIII, 13; de là l'antithèse de Tacite, *Ann.*, II, 43 : *Qui sorte aut missu provincias tenerent*) pour une période de temps indéterminée. (Dio Cass., *eod.*; Tacit., *Ann.*, I, 80; Spartian., *Ant. Pius*, 5; Appian., *De re hisp.*, 102.) Elles se divisaient en trois classes (Strab., XVII, 3, § 25, p. 840 Cas.), d'après le rang de ces mandataires impériaux : « *Τὰς δὲ ἄλλας ἐπαρχίας ἔχει Καῖσαρ· ὧν εἰς ἃς μὲν πέμπει τοὺς ἐπιμελησομένους ὑπατικοὺς ἄνδρας, εἰς ἃς δὲ στρατηγικούς, εἰς ἃς δὲ καὶ ἱππικούς* ». L'administration des plus considérables et des plus importantes, c'est-à-dire de celles dans lesquelles se trouvait une armée, appartenait aux *legati Augusti pro prætore*, dont il est fait mention p. 243, texte et note 2, et qui, comme les proconsuls de l'empire, étaient soit *consulares* soit *prætorii*.

Que certaines provinces, en effet, aient toujours eu des *legati consulares*, d'autres, au contraire, des *legati prætorii*, c'est ce que dit expressément Strabon. (3, p. 166. Cf. Suet., *Tib.*, 41; *Vesp.*, 8.) Les provinces dans lesquelles il y avait plusieurs légions ont toujours eu des *legati* de la première espèce, qui portaient aussi le nom de *legati consulares* — (Tacit., *Hist.*, I, 56; II, 86; Suet., *Tib.*, 41; *Calig.*, 14; *Claud.*, 24; *Vesp.*, 4, 6; Capitolin., *Gord. tres*, 8; Orelli, N°s 3666, 3667. On rencontre même un *legatus consulari potestate* dans une inscription, Orell., n° 1172) — ou de *consulares* (Henzen, n° 6701, et *C. I. L.*, III, n°s 1092, 1174, 1178, 1393), *ὑπατικοί*. (Waddington, n°s 2237, 2308, 2213, 2212. — Le plus fréquemment, ces titres courts et brefs apparaissent comme qualifications des fonctionnaires militaires, par exemple : *beneficiarius consularis* : *C. I. L.*, III, n°s 823, 826, 827, 1906, 1909, 1910; Orell.-Henzen, 929, 1650, 1692, 1709, 1806, 1980, 1982, 2026, 3513, 3515, 5696, 5847, 6502; Henzen, *Index*, t. 3, p. 143, 7; — *βοηθὸς κορνικουλαρίων ὑπατικοῦ*, Waddington, n° 2700.) — Quant aux provinces dans lesquelles

Sidoine Apollinaire, élu plus tard (en 471) à l'évêché de Clermont;

---

une légion suffisait, elles recevaient des *legati prætorii* (Tacit., *Agric.*, 7; Spartian., *Hadr.*, 3; Lamprid., *Alex. Sev.*, 24; Plin., *N. H.*, XXVI, 4), πρεσβευταὶ στρατηγικοί. (Strab., 3, p. 166.) Les titres *proprætores* ou *prætores*, dont se servent parfois les historiens pour désigner les *legati* impériaux, tant consulaires que prétoriens, ne sont pas officiels et constituent même une inexactitude, ainsi que le remarquent fort justement MM. Marquardt (IV, p. 409) et Willems (p. 416, note 5). Le premier de ces auteurs fait avec raison observer (*eod.*, note 4) qu'il n'y a, à cet égard, aucune induction à tirer d'un passage de Dio Cass., LIII, 13 (voir Lipsius, *Ad Tac. ann.*, 1, exc. M., et Höck, *R. Gesch.*, I, 2, p. 188), et que les inscriptions dans lesquelles se trouve *proprætor*, à la place de *leg. Aug. pr. pr.*, sont ou fausses ou mal lues. (Voir Marini, *Atti*, II, p. 741); mais que seulement les auteurs se permettent ici, comme au sujet de tous les titres, des inexactitudes; qu'ainsi Tacite, *Ann.*, I, 74, nomme aussi *prætor* le proconsul de Bithynie, et, *Ann.*, II, 66, *proprætor* le *leg. pr. pr. Mœsiæ*, et de même, IV, 73, le *leg. Aug. Germ. inf.*; ces inexactitudes, au reste, se rencontrent déjà sous la République. (Dans Tit. Liv., XXII, 8, par exemple, le *legatus* C. Centenius envoyé par le consul est appelé *proprætor*, au lieu de *leg. pr. pr.* Voy. Alschefski, *Ueber die kritische Gestaltung des Geschichtsbücher des T. Livius*, Berlin, 1839, in-4°, sur x, 25: *præpositoque castris L. Scipione pro prætore.* De même XXIX, 6: *Q. Pleminio proprætori.* Ce Pleminius était bien un *legatus*: Tit. Liv., XXIX, 8. Voy. Marini, *Arvali*, p. 759. — Voir, sur tout ceci, Marquardt, IV, pp. 408 et suiv.) Il faut se garder avec soin de confondre les *legati Augusti pr. pr.*, *viri prætorii* avec les *legati pro prætore* qui, dans les provinces sénatoriales, fonctionnaient comme auxiliaires des proconsuls, et que les Grecs n'appelaient pas seulement πρεσβευταί (*C. I. Gr.*, n° 3548; Curtius, dans le *Rhein Museum*, 1842, p. 105, n. 5), mais aussi παρεδρεύοντες, *assessores* (Dio Cass., LIII, 14; LX, 25; LXXII, 5), parce que leur activité se concentrait exclusivement sur la juridiction et l'administration. (Marquardt, *eod.*, p. 410.)

Les *legati Augusti* étaient chargés du commandement militaire et de la juridiction (Dio Cass., LIII, 13; L. 10, fr. Hermogen., coll. cum L. 1, fr. Macer, *De offic. præs.*, D., I, 18), et ils avaient sous leurs ordres autant de *legati legionum* qu'ils commandaient de légions. Ainsi le *legatus prætorius* de la Lusitanie avait un *legatus*, tandis que le *legatus consularis* de la Tarraconaise avait trois *legati* parce qu'il avait trois légions. (Strab., III, 4, §§ 19-20, p. 166 Cas.; Cf. Dio Cass., LII, 22; Marquardt, *eod.*, p. 410, texte et note 4; Zumpt, *De Gallia*, dans ses *Studia rom.*, 110-113; Willems, p. 417, texte et note 2.)

Pour ce qui est de l'administration financière des provinces impériales, leur gouverneur n'avait pas de questeur, comme cela avait lieu dans les provinces du Sénat. (Gaius, I, 6; Dio Cass., LIII, 14; cf. 28; LVII, 16; *quæstor pro prætore*, ταμίας καὶ ἀντιστράτηγος, selon le titre officiel de l'empire; Orell.-Henzen, n° 5368; inscr. grecq. d'Ephèse publ. par Curtius dans *Hermes*, IV, 190, 192; Borghesi, *Œuvres*, I, 483 et suiv.) Il était remplacé par un *procurator provinciæ*, qui doit être distingué des divers *procuratores* institués à côté de lui par l'empereur, pour la perception des différents revenus du fisc, et qui s'appelaient *procuratores Cæsaris* — (Dio Cass., LIII, 15; Strab., XVII, 1, § 12, p. 797 Cas.; Capitol., *Ant. Pius*, 6; D., I, 19, *rubr.* et *passim*; Paul., L. 35 § 2, *Ex quib. caus. maj.*, D., IV, 6) — ou *imperatoris*. (L. 50, fr. Paul., *De jure fisci*, D., XLIX, 14.) Ces derniers, choisis par l'empereur, à l'instar des *domestici* de la cour, parmi les *equites* ou parmi ses *liberti*, mais non parmi les sénateurs — (Dio Cass., *eod.*; Tacit., *Agricol.*, 4; *Ann.*, XII, 53, 54, 60; Friedländer, *Darstellungen*, 1², 160 et suiv.; Mommsen, *C. I. L.*, III, p. 1131 annot.), — étaient chargés:

De la perception des impôts dus au fisc, tant à Rome qu'en Italie et dans toutes les pro-

vinces — (Eichhorst, *Quæstionum epigr. de procuratoribus impp. Rom. specimen*, Regimonti, 1861, in-8; Iahn, *Iahrb.*, 1864; Kuhn, 2, 203 et suiv.; Mommsen, *Hermes*, 4, 108) — même sénatoriales — (*proc. Asiæ :* Orell.-Henzen, nos 3651, 5530, 6924, 6928; *C. I. L.*, III, nos 431, 6575; Tacit., *Ann.*, IV, 15; Böckh, *Ad C. I. Gr.*, 2977; *proc. Africæ :* Ruinart, *Act. mart.*, p. 95, 231; Capitol., *Maximini duo*, 14; *C. I. L.*, III, no 5776; *proc. Bæticæ :* Orell.-Henzen, nos 3570, 6524, 6928; *Siciliæ : C. I. L.*, III, no 4423; Grut., pp. 437, 7; 1028, 6; *proc. provinc. Narbonens. :* Henzen, no 5456; *proc. Achaiæ.* Orell., no 804; *C. I. L.*, III, nos 535, 6098; *C. I. Gr.*, 1328, 1329; *Ciliciæ :* Orell., no 485; *Cypri :* Henzen, no 6927); — dans ces dernières, à la place du proconsul, auquel Ulpien (L. 9 pr., *De off. proc. et leg.*, D., I, 16) donne le conseil de s'abstenir (« *sane si fiscalis pecuniaria causa sit, quæ ad procuratorem principis respicit, melius fecerit* (proconsul), *si abstineat* »); c'est à raison de ce fait que les *procuratores* impériaux, même dans les provinces du Sénat, administrent les revenus des biens privés de l'empereur, ainsi que les impôts dus au fisc (Dio Cass., LIII, 15; Tacit., *Ann.*, IV, 15), que, sous l'empire, les mines furent placées sous la haute direction d'un *procurator Cæsaris ;* la table d'Aljustrel nous fournit un exemple d'un semblable *procurator metallorum* (linn. 2, 3; voy. M. J. Flach, *Nouv. revue hist. de dr. fr. et étr.*, 1878, pp. 274 et suiv., nos 10 *bis* et 11, et pp. 646 et suiv.; comp. *infra*, § 4, note 16, I);

De toute l'administration financière des provinces impériales (Dio Cass., LIII, 15; Gaius, 1, 6; Capitol., *Ant. Pius*, 6); c'est dans le passage précité que Dion distingue les deux classes de *procuratores* auxquelles nous avons fait allusion ci-dessus. Paul n'est pas moins explicite dans la loi 35 § 2 sus-indiquée. C'est à raison de cette distinction que le *procurator totius provinciæ*, sorte de receveur général de l'époque, s'appelle, après Constantin, *procurator summæ rei* — (voy. la constit. 3 de Constantin, *Si propter publ. pensat.*, C. Just., IV, 46), — ou καθολικός, suivant le langage des Basiliques (comp. J. Lydus, *De mag.*, 3, 7); ou enfin, d'après l'idiome latin d'Arcadius et d'Honorius, *catholicianus* (L. 9 § 2, *De bonis proscript.*, C. Just., IX, 49. — *Junge C. I. Gr.*, 4807 = Letronne, *Recueil*, II, n. 219; cf. n. 4892; Franz, *C. I. Gr.*, III, p. 324a);

Enfin, de l'administration indépendante des *provinciæ* dites *procuratoriæ*. (Tacit., *Hist.*, I, 11.)

Ces *procuratores*, qui étaient de simples officiers de finances, et qui, plus tard, reçurent le nom de *rationales* (Bethmann-Holweg, *Röm. Civilprocess.*, 3, p. 78), ne furent investis que sous Claude, par un sénatus-consulte, de la juridiction dans les affaires fiscales (Tacit., *Ann.*, XII, 60; Suet., *Claud.*, 12), sauf appel à l'empereur. (LL. 47, 48 et 50, fr. Paul., *De jure fisci*, D., XLIX, 14; Const. 3, *De fidej.*, C. Just., VIII, 41, etc.) Avant ce prince, ils n'avaient aucune prérogative jurisdictionnelle, ainsi que le prouvent les paroles de Tibère au sujet de l'accusation du *procurator Asiæ*, Capito (Tacit., *Ann.*, IV, 15; voy. aussi Dio Cass., LVII, 23), et, depuis, leur compétence ne s'étendit jamais au-delà des affaires concernant les intérêts du fisc. (Const. 2, *De modo multar.*, C. Just., I, 54; Const. 4, *Ad leg. Fab. de plagiar.*, C. Just., IX, 20; Const. 2, *De pœnis*, C. Just., IX, 47; *Lex Dei*, tit. XIV, cap. 3, §§ 1 à 4 exclus.) Plus tard, ils purent représenter le gouverneur, comme le pouvaient, dans les temps antérieurs, les *legati* et les *quæstores*, de telle sorte qu'en pareil cas ils administraient la province *vice præsidis*, que cette province fût impériale ou sénatoriale. — (Voy. pour les *provinciæ Cæsaris :* Tacit., *Ann.*, XIV, 32; *C. I. L.*, III, no 251; Mommsen, *Ep. Anal.* 22, *Ber. d. Sächs. Gesellsch.*, 1852, p. 242; Orell.-Henzen, nos 3570, 3664, 5530, 6932, 6933. Ce sont ces *procuratores* que les documents juridiques désignent par l'une des quatre expressions suivantes : *Procuratores, qui partibus præsidis funguntur*, L. 23 § 1, fr. Papin., *De appell. et relat.*, D., XLIX, 1; *Lex Dei, ubi supra*, § 2; *qui vice præsidis funguntur*, Const. 2, *De pœ-*

nis, C. Just.; *qui vicem præsidis tuentur*, Const. 4, *Ad leg. Fab. de plagiar.*, C. Just.; *qui vice præsidis agunt*, Const. 1, *De pedan. judic.*, C. Just., III, 3. — Pour les *provinciæ senatus* : Orell., n° 3651 = *C. I. L.*, V, 875; Ruinart, *Act. mart.*, pp. 95 et 231.) — Les *procuratores*, au contraire, qui sont préposés aux *provinciæ procuratoriæ*, nous sont représentés comme des gouverneurs indépendants par les titres mêmes qu'on leur trouve décernés : *procurator et præses* (Orell.-Henzen, n°s 74, 3601, 5190); *procurator pro legato* (Orell.-Henzen, n°s 488, 3570, 6933; M. Renier, *Recueil de Constantine*, 1866, p. 85, n° 103); *procurator cum jure gladii* (Orell., n°s 3664, 3888; Ruinart, *Act. mart.*, p. 95; Marini, *Arvali*, pp. 623 *b*, 624 *b*, 547, 763, 771); *præses*. Ce dernier titre est employé comme qualificatif général pour toutes les espèces de gouverneurs. (L. 1, fr. Macer, *De off. præs.*, D., I, 18; cf. Suet., *Oct.*, 23; *Tib.*, 41; *Claud.*, 17; Lamprid., *Alex. Sev.*, 45, etc.) Mais, dans un sens spécial, on l'oppose à ceux de *legatus* et de *proconsul*. (Borghesi, *Œuvres*, 5, 405, et Mommsen, note 5.) Ils occupaient, en général, la même situation que les autres gouverneurs (Joseph., *Antiq.*, XVIII, 1, 1), bien que, sous plus d'un rapport, ils se trouvassent dans un certain état de subordination vis-à-vis des *legati* impériaux des provinces les plus voisines et qu'ils eussent à requérir d'eux le secours des armes toutes les fois que le besoin l'exigeait. On a même plus d'un exemple de destitution des *procuratores* de la Judée par le *leg. Aug. pr. pr. Syriæ*. (Joseph., *Antiq.*, XVIII, 4, 2; *Bell. jud.*, II, 14, 3; Tacit., *Ann.*, XII, 54; cf. Zumpt, *Stud. rom.*, 105 et suiv.)

De la 3e catégorie des provinces impériales, nous n'avons rien à dire, sinon qu'elle se composait de provinces que, pour des raisons spéciales, on avait dérobées à l'administration ordinaire. Dans ce groupe rentraient : la Judée (Joseph., *Antiq.*, XVIII, 1, 1; *Bell. jud.*, II, 8, 1), la Maurétanie, la Thrace, l'Egypte. Les trois premières étaient administrées par un de ces *procuratores* dont il a été question ci-dessus. (Tacit., *Hist.*, I, 11; Dio Cass., LX, 9; Strab., XVII, 3, § 25.) Quant à l'Egypte (*Ægyptiaca diœcesis*, Const. 1, *De offic. præf. august.*, C. Just., I, 37; *Ægyptiaca provincia*, edict. Justinian., edict. XIII, *rub.*), son gouverneur, un *eques* (Tacit., *Hist.*, I, 11) ou un *libertus* de l'empereur, investi des pouvoirs d'un vice-roi (Tacit., *Hist.*, *eod.*), portait le titre officiel de *præfectus augustalis* (D., I, 17, *rub.*; C. Just., I, 37, *rub.* et inscr. Constit. 1, h. t. Cf. Edict. Justinian., edict. XIII, *passim*) et plus ordinairement de *præfectus Ægypti*. (L. unic., fr. Ulp., D., dict. tit.; L. 35 § 3, fr. Paul., *Ex quibus caus. maj.*, D., IV, 6; L. 1 pr., fr. Ulp., *De tutor. et curator. dat.*, D., XXVI, 5; L. 21 pr., fr. Modest., *De manum. vind.*, D., XL, 2; L. 1 § 4, fr. Marcian., *De lege Cornel. de fals.*, D., XLVIII, 10; Const. 1, *De postul.*, C. Just., II, 6. — Voy. sur l'organisation de l'Egypte : Dio Cass., LI, 17; LIII, 13; Tacit., *Hist.*, *loc. cit.*; cf. *Ann.*, II, 59; Böckh, *C. I. Gr.*, III, 281-326; Kuhn, *Organ. civ. et munic.*, II, 80-92, 454-508.)

Ajoutons qu'au troisième siècle il s'opéra, dans l'administration des provinces impériales, un changement important qui subsista depuis, et que Borghesi (*Œuv.*, 3, 277; 5, 397, 405), se fondant sur un passage de la vie de Sévère, par son biographe Lampride (*Alex. Sev.*, 24), croit pouvoir rattacher au règne de cet empereur (222-235). Il consista en ce que l'administration civile, confiée désormais à un *præses*, fut séparée du commandement militaire, dès lors abandonné à un *dux*. (Voy. Borghesi, 5, 396; Trebell. Pollio, *Claud.*, 15; Vopisc., *Aurelian.*, 13; *C. I. L.*, III, n° 764; *Notit. dign. Or.*, c. 36; Henzen, n°s 5579, 6510.) A partir de cette nouvelle organisation, les *præsides* sont des fonctionnaires civils et ont un caractère essentiellement différent de celui des anciens gouverneurs de provinces. (Voir, sur tout ceci, Marquardt-Mommsen, IV, p. 412 et pp. 413 et suiv., et Willems, *op. cit.*, pp. 416 et suiv. — Consulter aussi, sur les provinces sous l'empire, Walter, *op. cit.*, t. 1, chapp. XXXVI et XLIII, et Klein, *Die Verwaltungsbeamten der Provinzen des römisch. Reichs bis auf Diocletian*, Bonn, Strauss.)

(5) La forme *Præfectus urbi* est de beaucoup la plus usitée à toutes les époques, même dans les documents juridiques. (Ex. gr. L. 10, fr. Hermogen., *De off. præs.*, D., I, 18.) On rencontre même *Præfectura urbi* dans une inscription de l'an 359 (Orell., n° 2527 = Rossi, *Inscr. chr.*, 1, 141), à côté de la forme habituelle et régulière *Præfectura urbis*. (Ex. gr. Orell., n° 750.) On trouve l'expression unique *Præfectus urbis* aussi bien à la meilleure époque (*C. I. L.*, V, 6980; VI, 1452; Orell., n° 3462), que plus tard. (Orell.-Henzen, n° 6472 = *C. I. L.*, VI, 1757; *C. I. L.*, VI, 1717.) *Præfectus urbis Romæ* (Orell.-Henzen, n°s 1900, 6473, 6476) ou *Urbis æternæ* (Orell., n° 1140) ne se rencontre guère qu'à l'époque postérieure à Dioclétien. Les Grecs disent ἔπαρχος (ou aussi, dans les auteurs postérieurs, par ex. dans Zosime, ὕπαρχος) τῆς πόλεως. (Denys d'Halic., ex. gr., 4, 82; Hérod., ex. gr., 2, 6, 12) ou ἔπαρχος Ῥώμης (*C. I. Gr.*, 369). Dion évite cette expression et appelle le Préfet de la ville πολίαρχος (ex. gr., LII, 21), ou plus rarement πολιανόμος (ex. gr., XLIII, 28), pour pouvoir employer ἔπαρχος tout court pour le *Præfectus Prætorio*. De même, on se sert bien de la locution φύλαξ τῆς πόλεως (Joseph., *Antiq.*, XVIII, 5, 6) comme en latin *custos urbis* (Senec., *Epist.*, 83, 14; Juven., 13, 157. Cf. Vell., II, 98; Stat., *Silv.*, 1, 4, 16; Joh. Lydus, *De mag.*, 1, 38); mais elle ne fonctionne guère que comme attribut et c'est ainsi qu'on rencontre déjà le même terme pour Mécène. (Voy. Mommsen, *Handb.*, II², p. 1013, note 1.) Nul n'ignore en effet que, sous le triumvirat, Mécène se trouva à la tête de l'administration de la capitale, au nom et comme représentant de celui qui devait plus tard porter le nom d'Auguste. Mais, lorsqu'il remplissait ces fonctions, était-ce à titre d'homme de confiance, politiquement parlant, qu'il les exerçait, ou bien n'avait-il pas plutôt, sans que le titre spécial de *Præfectus urbi* pût lui être conféré, puisqu'il y avait alors des magistrats dans la ville, n'avait-il pas plutôt, disons-nous, un mandat déterminé et officiel? C'est là une question qu'on ne saurait trancher avec certitude. Il est seulement permis de faire observer, que ce qui milite surtout en faveur de la dernière opinion, c'est que Tacite (*Ann.*, VI, 11), dans l'histoire de la Préfecture de la ville, cite Mécène, quoique naturellement il ne le regarde pas comme le premier *Præfectus urbi*, mais qu'il considère comme tel celui qui le premier reçut ce titre après l'établissement du principat. (Voy. Mommsen, *Handb.*, II¹, pp. 707 et suiv.) Quoi qu'il en soit de ce point, il est hors de doute que l'organisation de la police pour Rome et les environs n'apparut comme institution stable qué sous le règne de Tibère. Cette proposition ne contredit nullement celle que nous émettons au texte, et d'après laquelle la *Præfectura urbis* a été instituée par Auguste. Octave, en effet, lorsqu'il conféra au principat les prérogatives de la puissance consulaire et proconsulaire, a rétabli le droit qui appartenait primitivement au consul, mais dont la *lex Licinia* l'avait privé, de nommer un représentant, *Præfectus urbi*. (Suet., *Aug.*, 37.) Il a même donné à ce droit une extension plus grande, en ce que la nomination dont nous parlons pouvait avoir lieu malgré la présence à Rome, soit des préteurs, soit même de l'autre consul. C'est ainsi que, durant l'absence d'Auguste de Rome, entre les années 727 et 730, fut créé le premier *Præfectus urbi* qui ait fonctionné sous le principat (Tacit., *Ann.*, VI, 11; Suet., dans Saint Jérôme *Chr. a. Abr.* 1991 = 728 U. C, ce qui s'accorde avec ce fait que Messalla a triomphé le 25 sept. 727; voy. S. Hieron., *in Euseb. chronic.*, p. 155, Scalig.); pareillement, pendant une autre absence qu'il fit entre 738 et 741, le même fait s'est produit, bien que, dans l'intervalle, le principat eût été détaché du consulat. (Dio Cass., LIV, 19.) Seulement, lorsque Auguste séjournait à Rome, ou même en Italie, la *Præfectura urbis* était suspendue; il y a plus : lors bien qu'il ne s'y trouvait point, cette charge n'était pas pour cela toujours rétablie; mais comme dans ce cas l'empereur devait nécessairement être remplacé, on avait recours à d'autres expédients. Agrippa nous en fournit un exemple pendant le séjour d'Auguste en Orient au cours des années 733 et suiv. : Dion nous

apprend, en effet (LIV, 6), qu'Agrippa remplit ces fonctions. Or, comme Tacite (*Ann.*, VI, 11) garde le silence sur son compte, ce ne peut pas être à titre de *Præfectus urbi* qu'il les exerça. Ainsi que le remarque Mommsen (*Handb.*, II², p. 1014, note 1), cela tenait évidemment à ce qu'il partageait au moins depuis 731 la puissance proconsulaire, et que ces pouvoirs étaient suffisants. Comme on le voit, jusqu'à Tibère, la *Præfectura urbis* joua un rôle purement transitoire, et ce n'est que sous cet empereur, que ce pouvoir exceptionnel devint une institution stable, pendant sa dernière absence de la capitale, qui dura onze ans. (26-37 de notre ère.) On voit déjà sous le règne suivant (Caligula) le *Præfectus* fonctionner même durant la présence de l'empereur (Dio, LIX, 13), et depuis lors les choses demeurèrent telles.

Bien que la *Præfectura urbis* eût, depuis le successeur de Tibère, perdu son caractère originel, et ne répondît plus à la pensée qui avait, sous la République, présidé à son institution, et qui formait comme l'essence propre de cette charge, c'est-à-dire la suppléance du plus haut fonctionnaire, durant son absence, dans l'administration de la ville, on a cependant conservé à cette fonction son nom traditionnel. Cette dénomination était destinée à exprimer, à proprement parler, l'idée de représentation, de remplacement, et tel est bien le sens du mot *Præfectus* qui, dans un grand nombre d'inscriptions relatives aux cités, signifie remplaçant. (Voy., par ex., une inscription de la colonie romaine d'Astigi [Bétique, *Astigitana colonia ;* Plin., *Hist. nat.*, III, 3, 12, Jahn, ou III, 3, 8, Lemaire. Cf. III, 3, 1, Lemaire], rapportée dans le *C. I. L.*, II, 1478.) Ce terme désigne notamment le remplaçant du *Duumvir quinquennalis*, titre qu'il était d'usage de donner de temps à autre, dans les cités, aux trois premiers siècles de notre ère, à l'empereur, ou à un membre de la famille impériale, ou à un grand personnage de Rome, qui se faisaient remplacer par un décurion choisi parmi les plus importants. Or, celui-ci prenait le titre de *Præfectus*. (Voy., par ex., Orell., n° 3875, et *C. I. L.*, V, 4374, Brescia ; dans cette inscription, les noms NERONIS. CÆSARIS ne désignent pas l'empereur Néron, mais bien le fils aîné de Germanicus, qui mourut fort jeune. — On trouverait beaucoup d'inscriptions analogues à celle à laquelle nous renvoyons, citées dans les *Indices* d'Orell.-Henzen et de Wilmanns ; on y pourra joindre la *lex* de *Salpensa*, cap. XXIV, col. 1, linn. 19 sq., et c. XXV, col. 1, lin. 25, qui signale un remplaçant du Duumvir :

... PRAEF°. QVI A II VIR. RELICTVS SIT. —

Comp. sur tout ceci : E. Beaudouin, *op. et loc. citt.*, p. 115, texte et note 4, et p. 116, texte et notes 1 et 2.) — On maintint également le principe de la nomination du *Præfectus urbi* par l'empereur. Alexandre Sévère accorda cependant au Sénat le droit de proposer des candidats. (Lamprid., *Alex. Sev.*, 19.) — Nous ajouterons que l'on exigeait le rang sénatorial du préfet de la ville (c'était donc un *vir clarissimus*. Cf. Dositheus, *Sent. Hadr.*, 5) et que l'on n'admettait même à ce poste que des *consulares*. (Tacit., *Ann.*, VI, 11, *e consularibus ;* Dio Cass., LII, 21 ; Symmach., *Epist.*, X, 23. Ce n'est que par exception que Macrinus [217-218 créa] Adventus d'abord préfet de la ville, puis consul, Dio Cass., LXXVIII, 14, et que Carinus [283-285] éleva l'un de ses huissiers, *cancellarii*, dont la dépravation, rapporte Vopiscus [éd. Panck., Carin., XVI] était au-dessus de tout ce qu'on peut penser et dire, à la dignité de *Præfectus urbi*.) — Le titre de *consularis* équivalait, sous le principat, à celui de censeur sous la République et marquait, d'ordinaire, la fin d'une longue et honorable carrière politique. On en trouve la preuve dans le conseil que Mécène, d'après Dion (LII, 21), donne de choisir le préfet de la ville ἐκ τῶν προηκόντων καὶ ἐκ τῶν πάντα τὰ καθήκοντα προπεπολιτευμένων. (Bon nombre de faits particuliers confirment ce passage. Voy. par ex. : *C. I. L.*, III, 2974 ; V, p. 785 ; Orelli, n° 750 ; Borghesi, *opp.*, 5, 455 et suiv. ; Dio Cass., LXXII, 11.) — Mentionnons aussi que le préfet de la ville était compté au nombre des magistrats par saint Jérôme (*loc. sup. cit.*), par Paul (L. 12 § 1, *De judic.*, D., V, 1)

et par Ulpien (L. 2, *De in jus. voc.*, D., II, 4), et qu'il possédait l'*imperium*. (Dict leg. 2.)

En ce qui concerne les attributions du *Præfectus urbi*, nous nous contenterons de rappeler que le but spécial de la *Præfectura urbis* était le maintien de la paix publique dans Rome. (Tacit., *Ann.*, VI, 11 ; Dio Cass., LII, 21 ; LIV, 6 ; cf. Senec., *Ep.*, 83, 14.) Aussi bien *Custos urbis* forme-t-il pour ainsi dire son second titre (voy. *supra.*, *in init.* de cette note), et c'est à raison même du caractère spécial de cette haute fonction, que dut être, selon nous, édictée l'ancienne règle qu'un texte d'Ulpien permet de réputer encore survivante sous l'empire (L. 3, *De offic. Præf. urb.*, D., I, 12), et d'après laquelle le *Præfectus urbi* ne devait pas, en principe, quitter la ville (*Lex Salpens.*, cap. XXV *in fine ;* M. Giraud, *Nov. Enchir.*, p. 630), et qui voulait également que la *Præfectura* fût suspendue, s'il venait à s'en éloigner. — Chargé de maintenir le repos public et de veiller à la sûreté politique de la ville, le préfet avait sous ses ordres la garde urbaine. (Voy. Tacit., *Hist.*, III, 64 ; Dio Cass., LV, 24 ; Marquardt, *Staatsverw.*, II, pp. 465 et suiv. ; Eichhorst, *De cohortibus urbanis impp. Roman.*, Dantzig, 1864.) En tant que chef de la haute police de Rome, il avait de nombreuses attributions ; il avait notamment le pouvoir de prononcer des interdictions de tous genres *ad tempus et in perpetuum* (L. I § 13, fr. Ulp., *De off. Præf. urb.*, D.) ; et tous les délits, toutes les contestations qui s'y rapportaient, rentraient dans sa compétence. (Voy. au Digeste le titre *De offic. Præf. urbi*, et L. 1 § 2, fr. Ulp., *De obseq. parent.*, D., XXXVII, 15 ; Gothof., *Not. dign. C. Th.*, fol. 11. Voy. aussi Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, II, § 4.) A côté de la police préventive, le *Præfectus urbi* avait aussi une juridiction criminelle énergique et sommaire, proportionnée aux grandes dimensions de la ville (Tacit., *Ann.*, VI, 11 ; Stat., *Silv.*, I, 4, 10), et qu'il exerçait spécialement contre les esclaves et les gens sans aveu (Tacit., *eod.* ; Stat., *Silv.*, I, 4, 43. Cf. Joseph., *Ant.*, XVIII, 6, 5), ainsi que contre les *liberti*, qu'il pouvait frapper même de la *metalli pœna*, sur la plainte de leur patron. (L. 1 § 10, *De offic. Præf. urb.*, D.) Au reste, le cercle des actions punissables dépassait la sphère des délits prévus par la loi, et, selon toute apparence, on abandonna à l'appréciation du *Princeps*, ou de son représentant en cette matière, le préfet, le soin d'intervenir dans tous les cas où l'intérêt public paraissait l'exiger. Ulpien nous en fournirait, au besoin, plusieurs preuves. (Voy. L. 1 §§ 7 et 8, *De offic. Præf. urb.*, D.) Par suite, le cercle des personnes contre lesquelles le préfet pouvait exercer sa juridiction n'était pas plus déterminé par la loi. (Ex. gr., L. 1 § 14, *eod.* ; Tacit., *Hist.*, II, 63 ; cf. *Ann.*, XIV, 41.) Aussi la juridiction criminelle du *Præfectus urbi* s'étendit-elle peu à peu. (Voy. Tacit., *Ann.*, *eod.* ; L. 135 § 4, fr. Scævola, *De verb. oblig.*, D., XLV, 1 ; L. 8, fr. Ulp., *De extraord. crim.*, D., XLVII, 11 ; L. 3, fr. Marcian., *Expil. hered.*, D., XLVII, 19 ; L. 24, fr. Scævola, *De leg. Cornel.*, D., XLVIII, 10.) A l'époque de Septime Sévère et peut-être même déjà plus tôt, on voit le préfet de la ville juger de droit des accusés de tout rang, et spécialement aussi des sénateurs, et prononcer sur toute espèce d'accusations. (L. 1 pr., *De off. Præf. urb.*) Ce qui est certain, c'est qu'à partir de cet empereur, au commencement du troisième siècle de notre ère, vers l'an 205, il fut seul chargé, comme en témoigne une *epistola D. Severi* commentée par Ulpien (L. 1, *De off. Præf. urb.*) et sur laquelle nous allons revenir, de toute la justice criminelle à Rome, et dans un rayon de cent milles, *intra centesimum miliarium*. (Dio Cass., LII, 21 ; L. 1 pr. et § 4, *eod.* Cf. *Mosaic. et Rom. leg. coll.*, XIV, 3, § 2.) Une conséquence importante résulta de là. C'est que la juridiction criminelle étant transportée au préfet de la ville, les *quæstiones perpetuæ* furent supprimées, et, par suite, les préteurs qui les présidaient durent disparaître. Seulement il y a doute sur la date à laquelle cet évènement s'accomplit. Nous le croyons plutôt contemporain de Septime Sévère, à raison même de l'*epistola* de cet empereur au préfet de la ville

Fabius Cilo. Telle est aussi l'opinion de Walter (*op. cit.*, t. 2, p. 506, § 838). M. Willems (*loc. inf. cit.*) fait même remonter cette innovation à Marc-Aurèle. (161-180. — Comp. Marquardt-Mommsen, *Handb.*, IV, p. 73.) Mais d'autres auteurs, dont nous ne partageons pas l'opinion, la reculent jusque vers l'an 215. (Voy. Rudorff, *Röm. Recht*, p. 379 ; Faure, *op. cit.*, p. 114, texte et note 30.) Septime Sévère, et après lui Alexandre Sévère, accordèrent même au préfet de la ville le droit de prononcer les peines de la rélégation et de la déportation (*jus relegandi deportandique in insulam*), droit qui avait fait d'abord défaut au *Præfectus urbi*, parce que ces peines n'étaient pas exécutoires dans les limites de sa compétence. (L. 1 § 3, *eod.* ; L. 1 § 4, fr. Ulp., *De leg.* III, D., XXXII ; cette loi parlant d'une *epistola D. Severi, ad Fabium Cilonem Præfectum urbi missa*, par laquelle le *jus deportandi* est concédé au *Præfectus urbi*, ne peut se référer qu'à Septime Sévère [193-211], puisqu'Ulpien, de qui elle émane, fut massacré entre 228 et 230 — [Comp. *Nouvel. biog. gén.*, au nom Ulpien ; MM. Accarias, *Théorie des contrats innom.*, Paris, 1873, p. 211 ; Thaller, *Etude critiq. sur les doctrines particulières au jurisc. Ulpien*, Paris, 1875, p. 18, et p. 137 note 2], — c'est-à-dire sept ou cinq ans avant la mort d'Alexandre Sévère [222-235], auquel, par conséquent, il ne pouvait pas donner le titre de *Divus* ; et d'ailleurs, il constate formellement que la concession dont nous parlons fut renouvelée par Alexandre Sévère. La L. 6 § 1, fr. Ulp., *De interd.*, D., XLVIII, 22, confirme au surplus absolument le texte précédent. *Junge* encore, sur le point qui nous occupe, L. 2 § 1, fr. Ulp., *De pœn.*, D., XLVIII, 19.) — En matière civile, le *Præfectus urbi* attirait à lui toutes les causes dans lesquelles se trouvait engagé un intérêt d'ordre public. C'est ainsi, par exemple, qu'il était juge des procès contre la dépossession, et statuait sur les interdits *quod vi aut clam* ou *unde vi*. (L. 1 § 6. Voy. aussi L. 2, fr. Paul., *De off. Præf. urb.*) Mais il convient d'observer que la *Præfectura urbis* n'a pas fait d'empiètement considérable sur la juridiction civile. Quant aux appels (*provocationes* ou *appellationes*) des instances civiles, suivies à Rome ou dans un rayon de cent milles, ils furent au commencement du troisième siècle, et peut-être déjà à une époque antérieure, délégués par l'empereur au *Præfectus urbi*. (Dio Cass., LII, 21. — L. 38 pr., fr. Paul., *De minor. XXV ann.*, D., IV, 4. Cf. L. 122 § 5, fr. Scæv., *De verb. oblig.* Dans ce dernier texte, les expressions *Judex tutelæ* et *Competens judex* désignent le *Prætor pupillaris* et le *Præfectus urbi*.) Cette délégation explique comment, sous Gordien, un préfet de la ville fait suivre son titre PRAEF. VRBI. de l'apposition ELECTVS AD COGNOSCENDAS VICE CAESARIS || COGNITIONES. (Orelli, n° 3042.) Sous les règnes de Dioclétien et de Constantin (284-305 ; 306-337), la règle est que, dans les causes civiles urbaines, le préfet de la ville fut juge d'appel (Const. 13, *De appellat.*, C. Th., XI, 30 ; Const. 17, De *appellat.*, C. Just., VII, 62) ; et c'est pourquoi on trouve d'ordinaire, à cette époque, ce grand fonctionnaire désigné sous les noms de *Judex sacrarum cognitionum* ou de *vice sacra judicans*. Mais il convient de remarquer avec soin, que cette prérogative apparaît toujours comme un droit attaché à la fonction, à titre de commission spéciale, c'est-à-dire par suite d'une délégation particulière, et non pas comme un droit découlant et résultant de la charge même. (Voy., sur ce point, la dissertation de Mommsen, *Memorie dell'inst.*, 2, 311 et suiv.) Quoi qu'il en soit de l'époque précise à laquelle le *Præfectus urbi* devint juge d'appel, ce qu'il faut bien observer, c'est que la délégation dont nous venons de parler ne saurait être rattachée au temps d'Auguste, bien qu'une conjecture évidemment fausse, mais devenue courante, fasse dire le contraire à Suétone. (*Oct.*, 33 *in fine*.) Le texte de ce biographe ne peut pas porter *Præfecto delegavit urbis*, suivant la leçon fautive de certaines éditions (notamment de celle de Panckoucke) ; la leçon exacte est *Prætori delegavit urbano*, par cette double raison, qu'au temps d'Auguste, il n'y avait pas, comme il a été dit, de *Præfectura urbis* stable (Marquardt, *op. cit.*, II,

B. — Des préfets du prétoire (*præfecti prætorio*) (6), dont les

---

p. 465. — *Contra* baron Desazars, *op. et loc. inf. citt.*), et que, lors bien que l'empereur en aurait établi une avec ce caractère, la délégation annale dont parle Suétone ne saurait s'appliquer à une fonction qui n'était pas soumise au principe de l'annuité. (*Sic* Mommsen, *Handb.*, II², p. 945, note 2, et p. 1016.)

On pouvait d'ailleurs appeler à l'empereur des sentences du *Præfectus urbi*. (Dio Cass., LII, 21; Const. 23, *De appellat.*, C. Th.; LL. 38 pr. et 122 § 5 précitées; arg. ex LL. 6, fr. Ulp., *De appell.*, et 1, fr. Ulp., *A quib. appell. non licet*, D., XLIX, 1 et 2.)

Que la *Præfectura urbis* soit devenue la plus haute dignité de la ville, *culmen urbanum* (Amm. Marcell., XXVIII, 1; Symmach., *Epist.*, X, 37; Cassiod., *Variar.*, IV, 29 et VI, 4. Cf. Const. 3, *De offic. Præf. urb.*, C. Just., I, 28, et Novell. Just. LXII, § 2), c'est ce qu'il sera aisé de comprendre, si l'on tient compte des deux faits suivants : Nous voyons d'un côté, par un grand nombre de témoignages anciens, qu'au *Præfectus urbi* appartenait, dès le second siècle de notre ère, la direction suprême de l'administration de Rome, ce qui mettait sous sa dépendance tous les fonctionnaires chargés de la *cura urbis* (Stat., *Silv.*, I, 4, 6; Capitol., *M. Antonin.*, 11; Lamprid., *Alex. Sev.*, 33; Symmach., *Epist.*, X, 45; Cassiod., *Variar.*, II, 34; Böcking, *Annot. ad notit. Orient.*, I, pp. 174 et suiv., et spécialement p. 181; *Annot. ad notit. Occident.*, II, pp. 168 et suiv., et en particulier pp. 172-173); d'un autre côté, rappelons-nous qu'à une certaine époque, dans la seconde moitié du troisième siècle, lorsque le Sénat crut avoir ramené le principat sous sa puissance, par la nomination de l'empereur Claudius Tacitus (276), le jugement de tous les appels interjetés sur les sentences rendues dans les provinces fut confié aux préfets. C'est ce que nous apprennent deux lettres officielles du Sénat à la curie de Carthage et à la curie de Trèves, ainsi qu'une lettre privée de Claudius Capellianus à son oncle paternel Cereius Metianus. Ces trois documents nous ont été conservés par Vopiscus. (*Florian.*, 5 et 6. — Voy. Mommsen, *op. et loc. citt.*, p. 947.) — Comparez au surplus sur la *Præfectura urbis :* Woodt, *De officio Præfecti urbis;* Becker-Marquardt, *Handb. der röm. Alterth.*, Leipz., 1849, II, 3, 277-284; Marquardt, *Röm. Staatsverw.*, I, 73, et II, 465 et suiv.; Mommsen, *Handb.*, I², pp. 638 et suiv.; II², pp. 1012 et suiv.; l'étude de Rein, *Præfectus urbis*, insérée dans la *Pauly's Real-Enc.*, VI, 14; Walter, *op. cit.*, t. 1, §§ 142, 286 et 377; Ed. Böcking, dans la *Notit. dignit.*, t. 2, pp. 15 et suiv.; pp. 168 et suiv.; Willems, *op. cit.*, pp. 322 et suiv.; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 4e édit., t. 1, pp. 253 et 310; Bonjean, *Traité des actions*, 2e édit., t. 1, §§ 59 et 108; Domanget, *Traité élém. des act. privées en dr. rom.*, nos 34 et 44; Serrigny, *Droit pub. et admin. rom.*, t. 1, pp. 248 et suiv.; Ortolan, *Hist. de la lég. rom.*, 10e éd., p. 268; baron Desazars, *De la séparation des pouvoirs admin. et judic.*, dans la *Revue gén. du dr., de la législ. et de la jurisp.*, 1878, pp. 589 et suiv.; Dezobry, *op. cit.*, t. 1, pp. 234 et suiv. Consulter aussi Gibbon, *Hist. de la décad. et de la chute de l'empire rom.*, chap. XVII. — En ce qui concerne le préfet de la ville de Constantinople, voy. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, no 340.

(6) En grec ἔπαρχος τῶν δορυφόρων (Dio Cass., LV, 10), ou τῆς αὐλῆς καὶ τῶν δορυφόρων (Plutarch., *Galb.*, 13), ou seulement τῆς αὐλῆς (*eod.*, 2), ou τῶν στρατοπέδων (Herodian., I, 8, 2; cf. ἡγεμὼν τῶν στρατοπέδων, Philostrat., *Vit. Soph.*, II, 32); ordinairement on dit ἔπαρχος tout court. (Cf. Dio, *loc. cit.*) Ὕπαρχος pour ἔπαρχος ne se rencontre qu'après Dioclétien. Hirschfeld (*Staatsverw.*, pp. 219 et suiv.) donne une liste de tous ces termes jusqu'à cet empereur. (Voy. Mommsen, *Handb.*, II², p. 830, note 6.) — Consulter au surplus, sur la *Præfectura prætorii :* Becker-Marquardt, *Handb. der röm. Alterth.*, Leipz., 1849, II, 3, 286-291; Rein, *Præfectus prætorii*, dans la *Pauly's Real-*

fonctions furent illustrées par les plus célèbres jurisconsultes

---

Encycl., VI, 11-14; Ed. Böcking, *Notit. dign.*, I, 163 sq.; II, 140 sq.; Walter, *op. cit.*, 3e édit., t. 1, §§ 288 et 362; Th. Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II², pp. 828 et suiv., 1058 et suiv.; Marquardt, *Röm. Staatsverw.*, I, 73, et II, 460 et suiv.; Gibbon, *op. cit.*, chap. XVII; Willems, *op. cit.*, pp. 320 et suiv.; Maynz, *Cours de droit romain*, 4e édit., t. 1, pp. 253, 310; Bonjean, *Traité des actions*, 2e éd., t. 1, §§ 57 et 105; Domanget, *Traité élém. des act. privées en droit romain*, nos 34, 43 et 44; Serrigny, *op. cit.*, t. 1, pp. 69 et suiv.; Ortolan, *Hist. de la législ. rom.*, 10e éd., p. 268; Dezobry, *op. cit.*, t. 4, pp. 228 et suiv.; Faure, *op. cit.*, pp. 119 et 125.

Déjà sous la République, il était d'usage que le général désignât, pour la garde de sa personne et du quartier général (*prætorium*, prétoire), parmi les troupes soumises à son commandement, et cela toujours parmi les soldats *cives Romani*, un corps formé une fois pour toutes, désigné sous le nom de *cohors*, dispensé de tout autre service militaire, et touchant une solde plus élevée. (Festus, *Ep.*, p. 223, éd. Müller; v° PRÆTORIA COHORS, éd. Panck., lib. XIV. — Voy. Marquardt, *Handb.*, III, 2, 307 et suiv.) — Lorsque Rome reçut un *imperator* à vie (*regimentis Reipublicæ ad imperatores perpetuos translatis*, dit Aurelius Arcadius Charisius, *loc. infr. cit.*) et résidant régulièrement non pas dans le district de sa province, mais à Rome même, il en résulta nécessairement que le quartier général et le corps choisi par le *Princeps* pour le garder, s'y fixèrent également; et ce fait s'est produit dès l'origine du principat. D'après Dion Cassius (LIII, 11), la première décision du principat sur ce point, fut de doubler la solde de la garde future du nouveau *princeps*. Auguste ne prit à cet égard qu'une demi-mesure : après avoir créé une garde impériale composée de neuf *cohortes prætoriæ* (Becker-Marquardt, *op. cit.*, III, 2, 378-381; Mommsen, *eod.*, p. 829, note 5; Marquardt, *Röm. Staatsverw.*, t. II, pp. 460 et suiv.), il en confia le commandement, en l'an 752 de Rome (2 av. J.-C.), à deux *equites* appelés *Præfecti prætorio*. (Dio Cass., LV, 10; cf. LII, 24; voir aussi Suet., *Aug.*, 49, et J. Lydus, *De magist.*, II, 6, 13.)

Le mot *Prætorium* sert de désignation générale; c'est ainsi que l'on dit *Præfectus prætorio; militare in prætorio*; *decedere in prætorio*; *mittere ex prætorio*. Il est rare d'y trouver apposé le nom de l'empereur. Nous avons cependant rencontré l'expression « *Pler[i]que ex eo genere hominum etiam militare* IN PRÆTORIO MEO *dicuntur* » dans une curieuse inscription latine de l'an 46 de notre ère, découverte le 29 avril 1869 dans le Tyrol, aux environs de Cles, et gravée sur une table de bronze, linn. 31 et suiv.; cette *Tabula Clesiana* ou *Anaunensis* contient un édit par lequel Claude concède le droit de cité romaine à trois peuples des environs de Trente : les *Anauni*, les *Tulliasses* et les *Sinduni*. (Consulter sur cette inscription : MM. Francesco Schupfer, prof. de dr. rom. à l'Univ. de Padoue : *La Tavola Clesiana, studi archeologici*, dans l'*Archivio giuridico*, Bologne, août 1869, t. 3, fasc. 5, pp. 559-591; Th. Mommsen, *Hermes, Zeitsch. für classische Philologie*, t. 4, 1er cahier, pp. 99-120, Berlin, 1869, et *Zeitsch. für Rechtsgesch.*, t. 9, 1er cahier, pp. 179-181, Weimar, 1869; E. Dubois, prof. à la faculté de droit de Nancy, *La Table de Cles*, dans la *Revue de législ. anc. et mod., franç. et étr.*, 1872, pp. 7 et suiv.) — Pareillement, Vespasien parle des soldats *qui in prætorio meo miltaverunt*. (*C. I. L.*, III, p. 853.) — La dénomination *cohortes prætoriæ*, selon la terminologie des inscriptions, et en particulier suivant le langage constant des diplômes militaires, et non pas, comme le disent quelquefois les auteurs, *cohortes prætorianæ*, exclut, dans son sens strict, les *speculatores* à cheval. (Voy. *C. I. L.*, *loc. cit.*. *Junge* P. Barral, *op. cit.*, v° SPECULATOR; A. Rich, *op. cit.*, v° SPECULATORES, 2.) C'est pourquoi l'expression *Præfectus prætorianarum cohortium*, employée par Suétone (*Titus*, 4; *Domitian.*, 6), est étrangère à

sous Marc-Aurèle (7)* et sous Commode (8)**, mais surtout par

---

l'usage strict du mot. — Quant au terme *prætorianus*, il désignait tout soldat servant dans le *prætorium*. (Voy. Mommsen, *op. et loc. citt.*, p. 829, note 6.)

Auguste toutefois ne souffrit pas qu'il y eût jamais plus du tiers des neuf *cohortes prætoriæ* dans la ville, et encore ces trois *cohortes* n'y campaient-elles pas. (Suet., *Aug.*, 49.) Tibère acheva, sur ce point aussi, l'œuvre de la monarchie, en transportant toute la garde prétorienne dans la capitale, bientôt après son avènement au trône, par l'entremise de L. Ælius Sejanus, son commandant aussi avisé qu'énergique, et en construisant pour elle, devant la porte Viminale, la grande caserne fortifiée qui, depuis lors, a, trois siècles durant, dominé la ville comme une citadelle, et a contribué au choix ou à la chute de beaucoup d'empereurs. (Voy. Tacit., *Ann.*, IV, 2. 7; Dio., LVII, 28; Suet., *Tib.*, 37; *Schol. Juven.*, 10, 95. Les *castra prætoria* furent plus tard compris par Aurélien, 270-275, dans son enceinte qui subsiste encore aujourd'hui avec les trois côtés extérieurs du *castellum;* Constantin fit démolir le mur intérieur tourné vers la ville, lorsqu'il licencia la garde. Voy. Zosim., II, 47; Becker, *Top.*, p. 199; Mommsen, *ubi supra*, p. 829, note 2.) — Des cohortes prétoriennes, l'une avait toujours la garde dans le palais impérial (Tacit., *Ann.*, I, 7; II, 34; XI, 37; XII, 69; XV, 52; *Hist.*, I, 24, 29; Suet., *Tib.*, 24; *Ner.*, 21), et là se trouvaient aussi d'ordinaire les commandants. (Dio Cass., LXIX, 18.) Le commandement des prétoriens, dont les privilèges étaient nombreux, appartenait de droit à l'empereur, qui donne lui-même le mot d'ordre (*signum*) à leur tribun. (Voy. Tacit., *Ann.*, I, 7, et XIII, 2; Capitol., *Anton. Pius*, 12; *Marc. Anton.*, 7. Cela explique pourquoi, dans les diplômes militaires des prétoriens, on ne trouve jamais le nom des *Præfecti*, alors cependant que les légats des provinces et même les préfets des flottes y sont mentionnés.) Mais en fait, depuis l'an 752 ce commandement passa aux représentants de l'empereur, les *Præfecti prætorio*. (Dio Cass., LV, 10; Lydus, *De mag.*, I, 15; II, 6.) Les auteurs les moins anciens comparent ou assimilent le *Præf. prætorio* au *magister equitum* de la République. Ainsi fait, par exemple, Pomponius (L. 2 § 19, *De orig. jur.*, D., I, 2.) Ainsi fait encore le jurisconsulte Aurelius Arcadius Charisius, qui vivait sous Constantin (Heinecc., *Hist. juris Roman.*, p. 349), et qui fut, comme on le sait, *magister libellorum*, dans l'intéressant fragment conservé de lui au Digeste où il recherche l'origine de l'office des *Præf. prætorio*. (L. unic. pr., *De offic. Præf. prætor.*, I, 11. — Cf. Mommsen, *op. cit.*, II[1], p. 170, note 3, et II[2], p. 830, note 4.) — Ces *Præfecti prætorio* étaient librement choisis par l'empereur (Alexandre Sévère est le seul qui ait consulté le Sénat sur ce point; Lamprid., *Alex. Sev.*, 19; et, avant lui, Didius Julien avait déféré aux vœux des prétoriens; Spartian., *Did. Julian.*, 3); ils devaient être exclusivement tirés de la classe des chevaliers. (Voy. entre autres: Dio Cass., LII, 24; Tacit., *Ann.*, IV, 40; Suet., *Tit.*, 6; Lamprid., *Commod.*, 4; Capitol., *Pertinax*, 2.) En effet, ils n'ont pas, jusqu'à Alexandre Sévère, appartenu à l'*ordo senatorius;* il n'y eut à ce principe que de rares exceptions. — (Tibère donna à Séjan le consulat pour l'an 31 et le sacerdoce qui y correspond, Dio, LVIII, 7, ainsi que la puissance proconsulaire. Septime Sévère conféra à C. Fulvius Plautianus le rang de sénateur et le consulat pour 203; ce Fulvius Plautianus fut le premier qui se nomma consul II à raison des *ornamenta consularia* qui lui avaient été accordés auparavant comme *Præf. præt.* Dio Cass., XLVI, 46; LXXVIII, 13. Voy. Mommsen, *op. cit.*, I, p. 441, note 3. De même fit Caracalla à l'égard de Macrinus; Orell., n° 5512. A l'inverse, Vespasien donna le grade de préfet d'abord au sénateur Arrecinus Clemens, Tacit., *Hist.*, IV, 68; ensuite à son fils Titus, Suet., *Tit.*, 6; Plin., *Hist. nat.*, præf. 3.) — Toutefois les *Præf. præt.* reçurent assez fréquemment des distinctions honorifiques (Dio

* Voir note 7, page 272. — ** Voir note 8, page 272.

Papinien (9)*, Ulpien (10)** et Paul (11)***, sous Septime et Alexandre Sevère ;

Cass., LVII, 19 ; LVIII, 12 ; LX, 23 ; Spartian., *Hadr.*, 8 ; Capitol., *Ant. Pius*, 10), et certains signes extérieurs de grandeur et de noblesse étaient attachés à la dignité dont ils étaient revêtus. (J. Lydus, *De magist.*, II, 8, 13, 14, 17.) — Mais, depuis Alexandre Sévère, le sénateur peut aussi arriver à occuper cette haute fonction, et c'est ainsi que, d'après l'inscription de Thorigny (*Berichte der sächs. Ges.*, 1852, p. 228), M. Ædinius Julianus, probablement sous Alexandre Sévère, fut d'abord légat de la *provincia Lugdunensis*, puis *Præf. præt.* (Comp. Hirschfeld, *St. V.*, p. 236. — Le marbre dit de Thorigny, auquel nous venons de renvoyer, est le piédestal d'une statue élevée en l'an 238 de notre ère à un viducasse appelé T. Sennius Solennis, ancien prêtre de l'autel d'Auguste, qui fut député par sa cité à l'assemblée des Gaules en l'année 225, et qui fit échouer par son opposition un projet de mise en accusation contre le légat Claudius Paulinus. Voy. Klipffel, *Etude sur le rég. municip. Gallo-Rom.*, dans la *Nouv. rev. hist.*, 1879, p. 297, note 2 *in fine.*) Il y a plus ; à partir de cet empereur, quand cette charge est octroyée à un chevalier, elle donne de droit entrée au Sénat. (Lamprid., *Alex. Sev.*, 21.) — Ce qu'il y a de très-remarquable, c'est de retrouver appliqué régulièrement à la *Præfectura prætorii* le principe de la collégialité des anciens temps de la République, collégialité qu'on ne rencontre, en dehors de là, qu'en ce qui concerne les *Præfecti pro IIviris* et les *Præfecti ærarii.* (Voy. sur les premiers, Mommsen, *op. cit.*, I, p. 627, note 1.) C'est là un contraste frappant avec toutes les autres institutions militaires du principat. (C'est ainsi, notamment, que nous voyons, dans les légions, le commandement du *Legatus* remplacer, sous le régime nouveau, l'ancien commandement collégial des tribuns. Et de même, le titre *Præfectus* désigne, soit dans l'armée, soit dans l'administration municipale, et ailleurs, non pas seulement le représentant, mais même, en règle, le représentant unique : si bien que pour les deux consuls, il n'est question que d'un seul *Præfectus.* Voy. sur ces idées Mommsen, *op. cit.*, II[1], p. 680 ; I, p. 640, note 1, et *eod.*, p. 44 ; II[2], p. 831, note 2.) La fonction de la *Præfectura prætorii* fut en effet gérée, en règle générale, par deux titulaires (Dio Cass., LII, 24 ; LV, 10 ; Zosimus, II, 32 ; d'après ce dernier auteur, il y eut, jusqu'à Constantin, deux *Præf. pr.*) et parfois trois. (On rencontre ce nombre d'abord sous Commode [180-192], Lamprid., *Commod.*, 6 *in fine ;* puis, sous Didius Julianus [193], Spartian., *Did. Julian.*, 7 ; *Sever.*, 6. D'après Zosime, I, 11, Alexandre Sévère adjoignit, à cause de sa mère Mamæa, aux deux *Præf.* en fonctions, Ulpien comme troisième collègue, auquel il donna la prépondérance, avant d'en faire un préfet unique. — Cf. Dio. Cass., LXXX, 2.) Ce n'est pas à dire, cependant, qu'on ne trouve pas exceptionnellement un préfet unique, et les historiens comme les biographes sont là pour nous fournir des exemples de ce fait. Ainsi furent seuls titulaires de cette charge : Seius Strabo, à la mort d'Auguste (Tacit., *Ann.*, I, 7) ; son fils Sejanus, après la révocation de son père auquel il avait été adjoint (Tacit., *Ann.*, 1, 24 ; VI, 8), jusqu'à sa propre chute en l'an 31 (Dio Cass., LVII, 19 ; Tacit., *Ann.*, VI, 8) ; Macro. (Dio, LVIII, 9.) On rencontre encore un seul préfet en l'an 51 sous Claude (Tacit., *Ann.*, XII, 42) ; de même sous Galba (Plutarch., *Galb.*, 8 ; Tacit., *Hist.*, I, 14 ; Suet., *Galb.*, 14), sous Vespasien (voy. *supra* et cf. Tacit., *Hist.*, IV, 2), sous Antonin-le-Pieux (138-161), pendant la première moitié de son règne (Capitol., *Ant. Pius*, 8), sous Alexandre Sévère (Ulpien ; voy. *supra*), sous Probus. (276-282 ; Vospisc., *Prob.*, 10.) Mais les inscriptions nous montrent qu'en général il y eut plus d'un préfet. (*I. N.*, 4916 ; Orell., 3489, 3589 ; *C. I. L.*, III, 648 ; Henzen, 6771 ; Renier, *Inscr. de l'Alg.*, 3896. D'après cette dernière inscription, il est

* Voir note 9, page 272. — ** Voir note 10, page 272. — *** Voir note 11, page 273.

probable que le second nom manque dans l'inscription rapportée par Wilmanns, 1259. Cf. Henzen, t. 3, *Ind.*, p. 106, *col. rect.*) Tant que dura le principat d'Auguste, chacun des *Præfecti prætorio* eut des droits égaux ; de telle sorte que les actes émanés de l'un étaient considérés comme faits par tous les titulaires de la fonction. (Cf. Zosim., II, 32, et les inscriptions précitées.) C'était là une conséquence de la collégiatité, néologisme destiné à rendre le terme *Collegialität* des auteurs d'outre-Rhin, et dont la nature et les effets sont absolument comparables au lien de la corréalité, dans la sphère du droit privé. (Voy. Mommsen, *op. cit.*, I, p. 29, note 6, et Faure, *op. cit.*, pp. 38 et suiv.)

L'influence spéciale que la *Præfectura prætorii* était plus propre à procurer qu'aucune autre charge, dépendait beaucoup du caractère du *princeps* et de celui du préfet. Et la cause de l'omnipotence de certains préfets, tels que Séjan sous Tibère (Tacit., *Ann.*, IV, 2), de Titus sous Vespasien, de Perennis sous Commode, de Plautianus sous Sévère, de Timesitheus sous Gordien (voy. les vies de ces empereurs dans les écrivains de l'*Hist. Aug.*), doit être rattachée plutôt à des considérations personnelles, qu'elle ne doit être envisagée comme une conséquence des temps. Destinés à veiller à la sûreté de la personne impériale (Herodian., VII, 6 ; Lamprid., *Commod.*, 4 et 5), représentés comme porteurs et gardiens de l'épée de l'empereur (*pugio* ; voy. Aurel. Victor, *De Cæsarib.*, XIII ; Lamprid., *Commod.*, 6 ; ξίφος, Plutarch., *Galb.*, 8 ; Philostrat., *Vita Apoll.*, IV, 42, et VIII, 16), chargés de la haute administration de toutes les armées de l'empire (Capitol., *Gord. tres*, 28), juges avec l'empereur des procès qui étaient portés devant son tribunal (Dosith., *Hadr. sent.*, 5. 8 ; Capitol., *M. Antonin.*, 11 ; Dio Cass., LXXV, 15), les *Præfecti prætorio* exercèrent déjà depuis Tibère (Tacit., *Ann.*, VI, 8), mais surtout depuis Commode, une autorité tellement illimitée, qu'elle n'avait presque d'égale que celle de l'empereur. (L'auteur le plus ancien qui mette ce point en relief, du moins d'une façon très-claire, est Pomponius sous Hadrien : car, autrement, on ne comprendrait pas le parallèle qu'il établit entre le *princeps* et le préfet, le dictateur et le *magister equitum*, le roi et le *tribunus celerum*. L. 2 §§ 15 et 19, *De orig. jur.*, D. ; *Junge* Tacit., *Ann.*, IV, 1. 2 ; Plutarch., *Galba*, 8 ; Aurel. Victor, *De Cæsar.*, 9 ; Herodian., V, 1 ; L. 1 pr., *De off. Præf. præt.*, D. ; J. Lydus, *De magist.*, I, 14 ; II, 5. 8. 9 ; Zosim., II, 32 ; Cassiod., *Variar.*, VI, 3. Cf. 15.) Si bien que, à côté d'empereurs débiles et faibles, ces ministres universels étaient les souverains maîtres de l'administration. Tel fut Perennis sous Commode (Lamprid., *Commod.*, 5 ; Dio Cass., LXXII, 9), et aussi Letus, qui détermina le meurtre de cet empereur et l'avènement de Pertinax. (Capitolin., *Pertin.*, 4 et 5). Tels furent encore l'usurpateur Macrin, sous Caracalla (voy. *infra*, note 161, lettre *h*), Baliste, sous Valérien (Trebell. Poll., *Valerian. pater*, 7 ; *Balista*, *in fine*), et Arrius Aper, sous Numérien (Vopisc., *Numerian.*, 12 et 13. — Comp. § 4, note 21), etc... Nul n'ignore que c'est pour abattre leur puissance qui lui semblait encore trop grande, même après avoir opéré la séparation des fonctions civiles et militaires jusque-là confondues dans les mêmes mains, que Constantin, continuant l'importante innovation de Dioclétien (voy. M. Naudet, *Des révolutions de l'empire Rom. vers la fin du IIIe siècle*, Paris, 1875, pp. 16 et suiv.), morcela comme lui les pouvoirs des *Præfecti prætorio* et plaça quatre préfets du prétoire à la tête des administrations civiles. (Zosim., II, 33.) Mais, même après cette répartition et cette division quadripartite, le préfet du prétoire resta encore très-puissant, et cela nous explique comment plus tard, lorsque Rufin, 395, eut abusé de son pouvoir jusqu'à se rendre coupable de haute trahison, on enleva encore à la *Præfectura prætorii* certains de ses attributs propres, pour les transporter à d'autres autorités. (J. Lydus, *De magist.*, II, 10. 11 ; III, 23. 40.) Ce qui n'empêcha pas les préfets de demeurer toujours les premiers personnages après l'empereur.

Depuis l'époque où les préfets de la ville exercèrent seuls toute la justice criminelle à Rome et *intra centesimum miliarium* (voy. la note précédente), les *Præfecti prætorio* possédèrent cette même juridiction en Italie *ultra centesimum miliarium urbis Romæ*. (*Mosaic. et Rom. leg. coll.*, XIV, 3, § 2; Marquardt-Mommsen, *Handb.*, IV, 73.) Il faut joindre à cela que leur autorité devint telle, grâce à leurs talents, qu'ils formèrent le dernier échelon de l'ordre judiciaire et acquirent le droit de statuer toujours en dernier ressort, parce qu'ils jugeaient *vice principis* ou *vice sacra*, c'est-à-dire sans appel possible (*appellare, provocare; appellatio, provocatio*), sur les causes civiles ou criminelles. (Spartian., *Sept. Sev.*, 4; Dosith., *Hadr. sent.*, 5; L. unic. § 1, *De offic. Præf. præt.*, D.; L. 17, fr. Hermogen., *De minor.*, D.; Const. 16, *De appell.*, C. Th., XI, 30; Const. 8, *De episcop. aud.*, C. Just., I, 4; Const. unic., *De sent. Præf. præt.*, C. Just., VII, 42; Const. 3, *Si adv. rem judic.*, C. Just., II, 27; Const. 19, *De appell.*, C. Just., VII, 62; Novell. CXIX, cap. v; cf. L. 1 § 1, fr. Ulp., *A quib. appell. non licet*, D., XLIX, 2; Cassiod., *Variar.*, VI, 3; cf. Dio Cass., LXXV, 15; Capitol., *M. Antonin.*, 11. Voy. Bethmann-Holweg, *Organisat. judic. et procéd. civ. à l'époque de la décadence de l'empire*, Bonn, 1834; Geib, *Hist. de la proc. crim.*, 431. La *restitutio in integrum* était cependant possible contre leurs sentences, L. 17, *De minor.*, D., mais ne pouvait être accordée que par eux seuls et non par d'autres magistrats, L. unic. § 2, *De off. Præf. præt.*, D.; voy., pour le détail sur ce dernier point, de Savigny, *Traité de dr. Rom.*, trad. Guenoux, t. 7.) Si l'on réunit tous ces faits, on verra que les *Præf. præt.* ont maintes fois en fait joué le rôle de premiers ministres, et même de vice-empereurs. Cette idée se trouve confirmée par ces quatre faits, que le prince les consultait sur toutes les affaires importantes du gouvernement (Herodian., IV, 12; Lyd., *De mag.*, I, 14); qu'Alexandre Sévère, par une constitution (datée de l'an 230 suivant Mommsen [la date 236 que l'on trouve dans certaines éditions est certainement fausse], Const. 2, *De offic. Præf. præt.*, C. Just., I, 26), leur reconnut le droit de publier des édits, de prendre des arrêtés généraux, ayant force légale, sous la seule réserve de respecter le droit en vigueur (*formæ*, τύποι; voy. C. E. Zachariæ, Ἀνέκδοτα, Lipsiæ, 1843, 4, pp. 231-245; Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, I, § 80; le mot *forma* signifie aussi très-souvent une règle de droit [ex. gr. *juris forma*, L. 49 § 2, fr. Papin., *De fidej.*, D., XLVI, 1], comme aujourd'hui on dit dans le même sens la *forme* des actes notariés, ce qui revient à signifier les règles juridiques suivant lesquelles ces actes doivent être dressés); que leur administration finit par s'étendre aux provinces et aux finances (Bethmann-Holweg, *Organis. judic.*, pp. 75-76), et qu'enfin, au troisième siècle, on rencontre, à côté des préfets du prétoire, des *vicarii Præfectorum prætorio*, nommés du reste par l'empereur, mais dont la création montre clairement combien la *Præfectura prætorii* se rapproche du vice-empire, puisque jusqu'alors, si l'on connaissait bien sans doute des représentants du *princeps*, dans certaines sphères déterminées, à tout le moins la subordination à ces représentants d'autres représentants était ignorée.

Nous ajouterons que les préfets du prétoire étaient, à proprement parler, nommés à vie (Dio Cass., LII, 24), bien que la durée de leurs fonctions dépendît naturellement de l'*arbitrium* impérial (Lamprid., *Commod.*, 4, 6, 14; *Alex. Sev.*, 21), et que, pour expédier les affaires aussi nombreuses que variées qui affluaient à la *Præfectura prætorii*, le préfet était à la tête d'un vaste *officium*, composé de plusieurs centaines d'employés, et divisé, pour les écritures, en différents *scrinia* ou bureaux. D'après la *Notitia dignitatum* (Böck., t. 1, p. 11; t. 2, p. 11), figuraient dans cet *officium* : un *princeps*; un *cornicularius*; un *adjutor*; c'étaient les trois principaux personnages de tout l'*officium*; leur rapport entre eux est obscur; venaient ensuite : un *commentariensis*, spécialement chargé des affaires criminelles (voy., en particulier, Const. 9, *De episcop. audient.*, C. Just.); des *ab actis*, pour les affaires civiles; des *numerarii*,

agents comptables pour les impôts ; des *subadjuvæ*, sous-aides de l'*adjutor* ; une *cura epistolarum*, se composant d'un *curator* et d'*epistolares* pour la correspondance, spécialement pour celle relative aux matières fiscales ; un *regendarius* (en Orient) ou *regerendarius* (en Occident), préposé à l'administration des postes publiques de l'empire (voy. J. Lydus, *De mag.*, III, 4. 21), dont le *Præf. præt.* était le chef (voy. *infra*, note 17, et § 4, notes 21 et 54) ; des *exceptores*, scribes de bas étage, sorte de sous-greffiers ou d'expéditionnaires, à la tête desquels était un *primicerius* ; des *adjutores*, aides dans les différents *scrinia* ; enfin des *singularii*, messagers à cheval. Tous ces *officiales* étaient compris sous la dénomination de *præfectiani*, et jouissaient de différents privilèges. (Voy. au C. de Just., le tit. 53, *De apparit. Præf. præt.*, du liv. XII.) Nous n'avons évidemment indiqué ici que les noms des employés les plus considérables ; mais ils en avaient sous leurs ordres beaucoup d'autres. On s'en convaincra aisément en lisant la constitution 1, *De offic. Præf. præt. Afric.* (C. Just., I, 27), par laquelle, au milieu de l'épuisement de l'empire, Justinien institue un préfet du prétoire pour l'Afrique, en lui accordant cent livres d'or à titre d'honoraires (*eod.*, § 8.) — Voy. sur tout ceci : Böck., *Notit. dignit.*, t. 1, pp. 11, 14 et 16 ; t. 2, pp. 11 et 14 ; Bethmann-Holweg, *Gerichtsverf.*, § 15, et M. Guizot, *Hist. de la civilis. en France*, 14e éd., t. 1, pp. 44 et suiv.

Enfin nous ne pouvons omettre de mentionner le rôle important que jouèrent les *Præf. præt.* dans le *consilium principis*, conseil impérial dont la constitution précise nous échappe, et dont l'influence grandit à mesure que celle du Sénat diminua. C'était une sorte de conseil d'Etat peu connu, qui devait se diviser en deux sections. L'une, appelée *auditorium*, était une haute Cour de justice ; l'autre, nommée *consistorium*, était un conseil de gouvernement et d'administration. Mais la distinction même n'est pas certaine. (Voy. *infra*.) Il n'y avait pas encore de séparation des pouvoirs bien tranchée.

On pourra consulter sur le *consilium*, l'*auditorium* et le *consistorium principis* : Haubold, *De consist. principum Roman.*, dans ses *Opusc. acad.*, éd. Wenck, Lips., 1825, vol. 1, pp. 207 et suiv. ; Bethmann-Holweg, *Gerichtsverf. und Process*, Bonn, 1834, §§ 3. 10 ; Zimmern, *Traité des actions*, traduit par Etienne, Paris, 1843, §§ 7 et 21 ; Rein, *Consistorium*, dans la *Pauly's Real-Encycl.*, II, pp. 595-597, Stuttgardt, 1844 ; Becker-Marquardt, *op. cit.*, II, 3, pp. 230 et suiv. ; Ed. Böcking, *Notit. dignit. in part. Occid.*, t. 2, pp. 298 sq., 303, 332, 417, 1156 sq. ; Burchardi, *Staats und Rechtsgesch.*, 2e éd., Stuttgardt, 1854, I, n° 71 ; Rudorff, *Röm. Rechtsg.*, Leipz., 1859, I, p. 131 ; Walter, *op. cit.*, 3e éd., nos 276, 375 et 739 ; Th. Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II, 2, pp. 865 et suiv., et pp. 948 et suiv. ; Willems, *op. cit.*, pp. 318 et suiv. ; Maynz, *op. cit.*, t. I, p. 246, n° 146 ; p. 311, n° 207 ; Bonjean, *op. cit.*, t. 1, §§ 56 et 104 ; Domanget, *op. cit.*, n° 40 ; Serrigny, *op. cit.*, t. 1, pp. 45 et suiv. ; Ortolan, *op. cit.*, 10e éd., n° 361, pp. 284 et suiv. ; Labatut, *op. cit.*, pp. 212 et suiv., et 267 *in fine* et suiv. ; Faure, *op. cit.*, pp. 77, 78, 79, et 124 note 13 ; baron Desazars, *De la sépar. des pouv. adm. et judic.*, dans la *Rev. gén. du dr.*, 1878, pp. 592 et suiv. ; Accarias, *op. cit.*, 3e éd., t. 1, pp. 55 *in fine* et suiv. ; Duruy, *Hist. des Rom.*, t. 3, pp. 175 et suiv. ; t. 4, pp. 267 et suiv., et 382 et suiv. ; t. 5, pp. 274 et suiv. ; P. Barral, *op. cit.*, ve CONSISTORIUM ; A. Rich, *op. cit.*, ve AUDITORIUM ; G. Humbert, dans le *Dict.* de Daremberg et Saglio, ve AUDITORIUM PRINCIPIS OU SACRUM. — Consulter aussi, en ce qui concerne les fréquentes modifications dont fut l'objet, sous les empereurs, le *consilium principis*, devenu plus tard le *sacrum consistorium*, et appelé *sacrarium* par Valentinien, Valens et Gratien (Const. 1, *De quæstorib.*, C. Th., VI, 9) : Pancirol., *In notit. imp. Or.*, cap. 2 ; M. Naudet, *Des changements opérés dans toutes les parties de l'administr. de l'empire rom.*, 1817, t. 1, pp. 91 et suiv., et t. 2, pp. 253 et suiv.

Tout ce que nous croyons pouvoir avancer sur cette matière se résume dans les quelques détails suivants :

C'est, tout d'abord, que l'organisation et le caractère du conseil impérial varièrent essentiellement aux diverses époques de l'empire romain, et qu'il convient à cet égard de distinguer avec soin le *consilium principis*, institué par Auguste, de l'*auditorium*, dont Hadrien établit les bases, en donnant le premier une organisation officielle, stable et régulière au conseil d'Etat d'Auguste, et du *consistorium* qui ne fut formé que plus tard. Auguste, comme nous venons de le dire, fut le créateur du *consilium principis* (voy. Suet., *Aug.*, 33 et 35; Dio Cass., LII, 33; LIII, 21; LV, 27; LVI, 28; LVII, 7; Senec., *De clem.*, I, 9, 3. 7), d'où sortit le consistoire impérial et qui fonctionnait encore au besoin comme une haute cour de justice. (Voy. Joseph., *B. J.*, II, 4, et *A. J.*, XVII, 9; cf. *id.*, *B.J.*, II, 8.) Tibère (Tacit., *Ann.*, III, 10; Suet., *Tib.*, 55; Dio, LVII, 7), Claude (Dio, LX, 4), Néron (Tacit., *Ann.*, XIV, 62; Suet., *Nero*, 15), Vespasien (Suet., *Tit.*, 7), Trajan (Plin., *Ep.*, IV, 22; VI, 22. 31) et Sévère (Dio, LXXIV, 9) suivirent l'exemple qu'il leur avait légué de consulter des conseillers, soit sur des matières civiles, comme le fit Auguste lui-même, relativement aux codicilles (Inst., *De codic.*, II, 25), soit sur des questions politiques, selon l'habitude d'Antonin-le-Pieux. (Capitol., *Anton. Pius*, 6.) — Notons ici qu'il est de fait que Tibère employa des procédés peu propres à encourager la profession, puisque, au rapport de Suétone (*Tib.*, 55), à l'exception de deux ou trois, il fit mourir tous ses *consiliarii* sur un motif ou sur un autre. (Cf. Dio Cass., LVII, 7.)

En second lieu, la façon même dont Pline le Jeune, dans les passages précités, parle de la convocation du *consilium*, prouve que, sous Trajan encore, toute organisation stable faisait défaut à ce comité, et qu'il ne possédait pas de membres institués. D'où il faut conclure que, jusqu'à cet empereur, on choisissait, pour le composer, dans le cercle des *amici*, pour chaque cas particulier, les personnes qui paraissaient le plus aptes à ces fonctions. Mais, à partir d'Hadrien (117-138), les choses changèrent en ce qui concerne la composition du *consilium* impérial.— (La désignation *consistorium*, qui, nul ne l'ignore, a passé depuis dans la chancellerie de la Cour pontificale de Rome, n'apparaît qu'après Dioclétien. Elle se rencontre vers le milieu du quatrième siècle. — Orell., nos 3184 et 3185. — La rédaction de la formule initiale du protocole, telle qu'elle se rencontre dans l'*inscriptio* de la constitution 12, *De pœnis*, C. Just., IX, 47, n'appartient pas nécessairement, d'après Mommsen, *op. et loc. citt.*, p. 949, note 2, à l'époque de Dioclétien. *Contra* Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 311, note 25. — D'après Mommsen, *eod.*, il est probable que la dénomination *consistorium*, qui désigna d'abord le lieu où le prince siégeait avec son conseil, et qui passa ensuite au conseil lui-même, provient de ce que le règlement postérieur du palais assigne aux conseillers, *comites consistorii*, ou *sacri consistorii*, ou *comites consistoriani* [voy. C. Th. et C. Just., titt. *De comit. consistor.*, VI, 12, et XII, 10; Henzen, nos 6471 et 6473; cf. Orell., no 3194, et Henzen, t. 3, p. 292, note corrective sur ce no], une salle où ils devaient se tenir. — Cf. le passage de saint Ambroise rapporté par P. Barral, *loc. cit.*) — Depuis Hadrien, les membres de ce *consilium* se recrutèrent au gré du *princeps*, non plus exclusivement, comme autrefois, parmi les sénateurs, bien qu'à toute époque on en rencontre des classes les plus élevées (Spart., *Hadr.*, 8, 22; Capitol., *Anton. Pius*, 3; Lamprid., *Alex. Sev.*, 26, 68; Dio Cass., LXXVI, 17; cf. LXIX, 7), mais bien aussi parmi les *equites*. — (Ils y jouent un rôle important déjà depuis Domitien [81-96]; Orell., no 3118; voy. aussi dans Dio Cass., LII, 33, le conseil que donne Mécène à Auguste; *junge* Spartian., *Hadrian.*, 8. — Au troisième siècle, le traitement et le rang établissent une division tripartite entre les *consiliarii equites*, qui reçoivent, en effet, 200.000 — 100.000 — ou 60.000 sesterces à titre d'honoraires annuels. — Voy. Orell., no 2648, et Hirschfeld, dans L. Friedländer, *Darstellungen aus der Sittengesch.*, 1⁴, 173. — Joindre aussi l'inscription de C. Cælius Saturninus, qui appartient à l'époque de transition de Dioclétien et de Constantin; *Mem. dell' inst.*, 2, 330; Wilmanns, 1223.

— Cf. Mommsen, *op. et loc. citt.*, p. 950, note 6.) — Ils se recrutaient également parmi les fonctionnaires impériaux, les hommes de confiance de César (*amici* [spécialement *primæ admissionis*, Senec., *De clem.*, I, 10 ; cf. *De benef.*, VI, 33, 34 ; Lamprid., *Alex. Sev.*, 20; Dio Cass., LXXVI, 5. *Adde* Suet., *Tib.*, 42], *comites*), et surtout parmi les jurisconsultes. (Spartian., *Hadr.*, 8, 18. — Le mot *contubernium*, employé par le premier passage, ainsi que les expressions *circa latus principum agere*, — *hi, qui circa principem sunt occupati*, dont se servent Papinien et Ulpien dans les LL. 30 pr., *De excusat.*, D., et 11 § 2, *De minor.*, D., permettent de supposer que la nomination de *consiliarius Augusti* entraînait une certaine obligation de se tenir prêt dans le palais à remplir ces fonctions ; obligation qui faisait pour ainsi dire des *consiliarii* des habitués et des commensaux de la maison impériale. [*Palatina domus*, Suet., *Claud.*, 17 ; ou *domus aulica*, Spartian., *Hadr.*, 11 ; ou *palatium*, Lamprid., *Commod.*, 5 ; d'où *palatini*, gens du palais, de cour ; Lamprid., *Alex. Sev.*, 15 ; on rencontre aussi fréquemment, dans les textes juridiques de l'empire, soit *palatium*, soit *sacrum palatium*, soit *sacræ ædes*, etc.] Du *contubernium* est issu le *consistorium*. Voy. les renvois au sujet de la création d'Auguste. — Quant au second passage de Spartien, *Hadr.*, 18, il donne très-clairement à entendre qu'il s'agit de fonctions stables et permanentes. En disant d'Hadrien, dans un texte déjà cité [*Introd. gén.*, note 22, p. 11], et sur lequel nous reviendrons [voy. *infra*, § 4, note 8] : « *Officia sane publica, et palatina, nec non militiæ, in eam formam statuit, quæ, paucis per Constantinum immutatis, hodie perseverant* » [*Epit.*, XIV], Aurelius Victor doit avoir tout spécialement en vue, d'après Mommsen [*Römisch. Staatsr.*, t. II², p. 949, note 1], le *consistorium sacrum* de l'époque impériale postérieure, qui n'est d'ailleurs autre que le *consilium* d'Hadrien. — Joindre sur la composition du *consilium*, peuplé surtout de jurisconsultes, avons-nous dit, à partir de ce Prince : Capitol., *Anton. Pius*, 12 ; L. 30 pr., fr. Papin., *De excusat.*, D., XXVII, 1 ; L. 17 pr., fr. Ulp., *De jure patron.*, D., XXXVII, 14 ; Orell., n° 2648 [l'attribut *juris peritus* est rare dans les inscriptions] ; Herod., VI, 1 ; Lamprid., *Alex. Sev.*, 15, 68. Cf. Dio Cass., LII, 33. — *Junge*, en ce qui concerne la différence entre les *amici* et les *comites Cæsaris*, la dissertation de Mommsen : *Les comites Augusti* [ancienne *cohors amicorum*] *de la première époque de l'empire*, *Hermes*, 1870, IV, 120-131, et G. Humbert, dans le *Dict. des antiq.* de Daremberg et Saglio, v° AMICI AUGUSTI. Voy. aussi *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 179, p. 226, note 105 ; MM. Naudet, *De la noblesse chez les Romains*, pp. 146 et suiv. ; Duruy, *Hist. des Rom.*, t. 5, pp. 274 et suiv.) — Ce furent, dès lors, des *consiliarii Augusti* salariés, et nommés par l'empereur, probablement après l'avis préalable du Sénat (Spartian., *Hadr.*, 18), qui formèrent l'élément du *consilium*. (Papinien est formel en ce sens, L. 30 pr. précitée [cf. Ulp., L. 11 § 2, *De minor.*, D., IV, 4], ainsi que quatre inscriptions, dont deux *C. I. L.*, VI, 1518 ; *C. I. Gr.*, 5895, appartiennent à l'époque de Commode, 180-192 ; Dio, LXXII, 13. 14 ; la troisième, Orell., n° 2648, ne peut pas remonter plus haut, à raison de l'expression initiale PII FELICIS AUG., bien qu'elle porte deux accents, et qu'en général les inscriptions accentuées ne soient guère postérieures à la première moitié du second siècle [Voy. Beaudouin, *op. cit.*, monogr., p. 62, note 1] ; la quatrième enfin, Orell., 3190, et *C. I. L.*, VI, 1634, peut être attribuée au troisième siècle. Cf. Hirschfeld, *St. V.*, p. 215, et Mommsen, *op. et loc. citt.*, p. 949, note 3.)

Destiné, dès Auguste, à exercer une heureuse influence sur la science du droit, le *consilium* qui, comme le prouve la présence de Pline le Jeune au conseil de Trajan dans sa villa de Centumcellæ (Plin., *Epist.*, VI, 31), pouvait fonctionner en dehors de Rome (voy. aussi Spartian., *Hadrian.*, 13 et 22 ; Capitol., *Verus*, 9), mais qui, en règle, ne siégeait pas lorsque l'empereur en était absent (Dio, LX, 4 ; cf. Plin., *eod.*), le *consilium* contribua, sous ses successeurs, au développement de l'œuvre immortelle des

jurisconsultes de l'époque classique et à l'achèvement de cet admirable édifice juridique, dont Servius Sulpicius, P. Alfenus Varus, envers qui Horace ne se montre pas très-bienveillant (*Sat.*, I, 3, vers 130 et suiv. — Comp. *Nouv. biog. gén.*, t. 1, col. 954), Ateius Capiton, Antistius Labéon et Trebatius, sous Auguste (Tacit., *Ann.*, III, 75; Horat., *Sat.*, I, 3, vers 82; L. 2 §§ 44 et 47, fr. Pompon., *De orig. jur.*, D.; Inst., *De codicill.*, II, 25, pr.), Massurius (ou Masurius) Sabinus, C. Cassius, disciples de Capiton, M. Cocceius Nerva le père, et Proculus, disciples de Labéon, sous Tibère (L. 2 § 47, *eod.*), jetèrent les premiers fondements. Le *consilium* s'enrichit ensuite de toute cette glorieuse pléiade de *jurisperiti*, qui portèrent jusqu'à son apogée l'art du raisonnement juridique, et firent de l'interprétation des lois civiles, qu'ils révélèrent au monde, comme une raison écrite, destinée sinon à s'imposer d'une manière constante aux législateurs de l'avenir, du moins à les guider toujours. Rappelons les noms des Neratius Priscus et des Ariston, qu'un texte de Papinien prouve avoir été consultés par Trajan sur une question délicate (L. 5, *Si a parent. quis manumiss.*, D., XXXVII, 12), et qui entretenaient entre eux une correspondance sur des questions de droit, comme nous le montrent Ulpien et Paul (L. 19 § 2, *Loc. cond.*, D., XIX, 2; L. 3, *Quæ res pignori*, D., XX, 3); des P. Juventius (et non Julius) Celsus le fils, de ce même Neratius Priscus dont Trajan faisait un tel cas, qu'il avait, au rapport de Spartien (*Hadrian.*, 4), songé à en faire son successeur, et des Salvius Julianus, dont l'obscur et difficile Africain fut le disciple, — sous Trajan et sous Hadrien (Spartian., *eod.*, 18; — voy. éd. Panck., t. 179, p. 226, note 106); des Pomponius, des Umidius Verus (ou Vindius Varus), des Salvius Valens, qu'il ne faut pas confondre avec Alburnus Valens, lequel vivait sous Hadrien, et dont vingt fragments existent au Digeste; des L. Volusius Mæcianus (Moecianus ou Metianus), sous lequel Marc-Aurèle, suivant Capitolin, avait étudié le droit; des Scævola, principal conseiller de cet empereur, et des Ulpius Marcellus, — sous Antonin-le-Pieux et sous les *divi Fratres*, Marc-Aurèle et Lucius Verus (Capitol., *Anton. Pius*, 12; *M. Anton.*, 3 et 11 *in fine*; L. 17 pr., *De jure patron.*, D., XXXVII, 14. Ulpius Marcellus nous apprend lui-même qu'il fut membre des conseils de Marc-Aurèle; L. 3, *De his quæ in testam.*, D., XXVIII, 4. — Capitolinus mentionne encore, il est vrai, Javolenus ou Jabolenus, mais il est fort douteux que ce jurisconsulte ait vécu jusqu'à cette époque. Il paraît être né en l'an 79 de notre ère, et être mort l'année même de l'avènement d'Antonin-le-Pieux, c'est-à-dire en 138; Pline le Jeune en fait mention dans ses lettres, VI, 15); des Papirius Justus, des Q. Cervidius Scævola, professeur de Septime Sévère et de Papinien, d'après Spartien, et des Gaius, — sous Marc-Aurèle (Capitol., *M. Anton.*, 11 *in fine*; Spartian., *Caracal.*, 8); des Papinien, des Messius et des Tryphoninus, — sous Septime Sévère (L. 50, fr. Paul., *De jure fisc.*, D., XLIX, 14; L. 78 § 4, fr. Tryphon., *De jure dot.*, D., XXIII, 3); enfin des Venuleius Saturninus, des Callistrate, des Ulpien, dont l'influence fut, on le sait, prépondérante (Lamprid., *Alex. Sev.*, 31, 34, 51 et 67), et qui était cité par certains auteurs, au dire de Lampride (*eod.*, 26), comme *consiliarius Alexandri* et *magister scrinii* (maître des archives); des Paul, qui avait aussi sa part de crédit (Lamprid., *Alex. Sev.*, 27; cf. *inf.*, § 3, note 34) et qui était l'auteur d'un recueil de décisions rendues par l'empereur en appel (*decreta*) et ayant force de lois quand le prince le voulait, ouvrage auquel plusieurs emprunts ont été faits au Digeste (ex gr. L. 68, *De fidejuss.*, XLVI, 1); des Florentin, des Marcien et des Modestin, élève d'Ulpien, — sous Antonin Bassien Caracalla et sous Alexandre Sévère. (Aurel. Vict., *De Cæsarib.*, 24; Lamprid., *eod.*, *locc. sup. citt.*, et 15, 26, 27 et 68. Ce dernier passage mérite d'être lu avec la plus grande attention et beaucoup de discernement. Le biographe, qui vivait au quatrième siècle, y donne la liste de vingt-et-un conseillers d'Alexandre Sévère, parmi lesquels figurent quinze noms de jurisconsultes que l'historien qualifie tous de professeurs de droit ayant été *discipuli splendidissimi Papiniani, et Alexan-*

dri imperatoris familiares et socii. On peut, sans hésitation, suivre la foi de l'auteur en ce qui concerne Ulpien, Paul, Marcien, Florentin et Modestin, et à la rigueur aussi en ce qui touche Callistrate. Mais la mention de jurisconsultes évidemment antérieurs à Sévère, tels notamment que Celsus, Africain, Pomponius, Mæcianus, Tryphoninus, et celle d'Hermogénien, qui lui fut incontestablement postérieur [voy. Gothof., *Proleg. ad Cod. Theod.*, éd. Ritter, t. 1, CCX, col. rect.], quoi qu'en aient pensé Budée et Cujas, trompés par Lampride [Gothof., *eod.*, note *i*], ne peuvent laisser aucun doute sur l'altération du texte. — Voy. Claud. Salmas., *In not. ad Lamprid.*, et Ortolan, *op. et loc. citt.*, p. 287.) — Comme on pourra le remarquer aisément par tous les textes précités, il n'était pas rare de voir un jurisconsulte figurer dans le *consilium* d'un empereur et de le retrouver dans le *consilium* de son successeur. (Consulter d'ailleurs sur tout ceci : Gravina, *Orig. jur. civ.*; Pancirol., *De clar. leg. interp.*; G. Grotius, *Vitæ jurisconsultorum*; Haubold, *De edictis monitor. ac brevib.*, Lips., 1804; Hommel, *Palingenesia Pandectarum*; Zimmern, *Gesch. des röm. Privatr.*; Puchta, *Institut.*; *Einleitung in die Rechtsgesch.*; Smith, *Dictionary*; Ersch et Gruber, *Allgem. Encykl.*; *Nouv. biog. gén.*, à chacun des noms indiqués ; MM. Rodière, *Les grands jurisc.*; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 4e éd., t. 1, nos 189 et suiv., pp. 288 et suiv.) — Au demeurant, les plus hauts dignitaires avaient entrée dans ce conseil : c'est ainsi que, sans parler soit des fils adultes de l'empereur, tels que Drusus sous Tibère (Dio Cass., LVII, 7) et Titus sous Vespasien (Suet., *Tit.*, 7), soit des préfets du prétoire qui siégeaient de droit dans le conseil impérial (voy. *infra*), et que les princes se plurent à appeler quelquefois leurs pères (Capitol., *Gordian. tert.*, *passim*; Campianus, *De offic. et potest. magistrat. rom.*, in-4, p. 138), c'est ainsi, disons-nous, que, dans la classe des *illustres*, qui occupaient le premier rang dans l'ordre hiérarchique (voy. *infra*, § 4), le *magister officiorum*, le *quæstor sacri palatii*, le *comes sacrarum largitionum*, et le *comes rei privatæ* ou *rerum privatarum* (ministres du trésor, de la couronne et du domaine privé, voy. *infra*, *eod.*) y avaient accès. (Const. 1, *De quæstorib.*, C. Th., et Const. 5, *De fide test.*, C. Th., XI, 39. — Ces quatre fonctionnaires étaient d'ordinaire désignés sous leurs noms spéciaux ; il n'est cependant pas sans exemple de les rencontrer compris sous la dénomination unique et plus générale de *comites consistoriani*, voy. *supra*, expression qui embrasse les membres permanents du *consistorium*. Comp. *infra*. — Ex. gr. : Constt. 1 et 4 pr., *De palatin. sacr. largit.*, C. Th., VI, 30; Const. 3, *De metat.*, C. Th., VII, 8.) — De même encore, dans la classe des *spectabiles*, qui formaient le second degré de la hiérarchie impériale (voy. *infra*, § 4), un nombre beaucoup plus considérable de dignitaires y avaient entrée. (D'ordinaire l'expression *comites consistoriani* ne désigne qu'eux seuls. C. Th., VI, 12, *ibiq.* Gothof.; Novell. Valent. III, VI, 3, § 1 ; C. Just., XII, 10. *Junge :* Symmach., *Epist.*, I, 17; Cassiod., *Variar.*, VI, 5, 6, 12; J. Lydus, *De magistrat.*, III, 11 ; Bethmann-Holweg, *Handb. d. Civilproces.*, t. 1, p. 110, note 60. — On les choisissait parmi des fonctionnaires de toute espèce ; spécialement, les *proximi sacrorum scriniorum* recevaient, après la cessation de leur fonction, *completo tempore suæ militiæ*, la *comitiva sacri consistorii* à vie ; Const. 8, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19.) — Il y avait encore d'autres membres pris au nombre des fonctionnaires de première ou de seconde classe ; mais ils appartenaient à la catégorie des *vacantes* (par opposition aux *in actu positi*), qui, pour être, il est vrai, de véritables fonctionnaires, n'occupaient pas du moins une fonction ordinaire. (Voy., pour le détail, Bethmann-Holweg, *Gerichtsverf.*, § 10, et comp. *infra*, § 4.) Quant à ceux qui portaient le simple titre de *comites honorarii*, ils n'en faisaient jamais partie. (Const. 8, *De honor. codic.*, C. Th., VI, 22.) Il va sans dire que le *Præfectus prætorio in comitatu*, et que les *magistri militum in præsenti* (c'est-à-dire se trouvant dans la résidence de l'empereur) avaient aussi des rapports à faire dans le *consistorium* (Const. 10, *De leg.*, C. Th., XII, 12, et Nov. Theod. II, tit. XXIV,

De ambitu, § 5), et il est certain que, suivant les circonstances, d'autres dignitaires élevés s'y trouvaient encore adjoints. Quant aux *Præfecti prætorio*, dont nous avons parlé, il est probable, à raison même du poste de confiance qu'ils occupaient, que de bonne heure déjà ils ont été l'objet d'un choix privilégié, et, depuis la fin du second siècle, ils paraissent même avoir pris dans le *consilium* une action dirigeante. (Capitol., *M. Anton.*, 11 *in fine*.) S'il est vrai que, dans les écrits des jurisconsultes des deux premiers siècles, on trouve à peine trace des *Præf. præt.* (comp. *infra* note 8; mais le traité qui y est cité n'est que de second ordre dans la littérature juridique), nous avons vu du moins, depuis Septime Sévère, les plus illustres *jurisperiti*, décorés de ce titre, prendre une part des plus actives aux travaux de cette assemblée. Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que, même à l'époque où les conseillers devinrent permanents, on les convoquât tous pour chaque affaire. Non. Chaque cas particulier amenait une désignation spéciale (Dio Cass., LII, 33, ἄλλοι ἄλλοτε), et c'est ainsi, par exemple, que les empereurs Hadrien, Marc-Aurèle et Alexandre Sévère avaient pour principe, lorsque l'accusé était sénateur, de ne convoquer que des conseillers du rang de sénateur. — (Spartien est formel au sujet d'Hadrien. [*Vita*, 8.] C'est pourquoi les *equites* ne sont pas nommés au n° 22. Capitolinus atteste également le même fait relativement à Marc-Aurèle. [*M. Anton.*, 10.] Quant à Alexandre Sévère, s'il a accordé une fois pour toutes aux *Præf. præt.* la qualité de sénateurs, « *ne quis non senator de Romano senatore judicaret* » — [Lamprid., *Alex. Sev.*, 21 : « *Præfectis prætorio suis senatoriam addidit dignitatem, ut viri clarissimi et essent et dicerentur..... Alexander autem idcirco senatores esse voluit Præfectos prætorii, ne quis non senator de Romano senatore judicaret* »], — il faut probablement songer aussi à la participation des *Præf. præt.* aux affaires du *consilium* impérial ; et peut-être bien, les services qu'ils y rendirent ont-ils été pour eux des titres plus importants que leur propre science. [Voy. Hirschfeld, *St. V.*, p. 216, et Mommsen, *op. et loc. citt.*, p. 950, note 5.] Walter, *op. cit.*, t. 1, p. 441, note 68, fait observer avec raison que la phrase de Lampride ne prouve pas que les sénateurs avaient la juridiction avant le *Præf. præt.* Mais elle vise le cas où le préfet devait juger avec eux un sénateur dans le *consilium principis*. Spartian., *Hadrian.*, 8; Capitol., *Anton. Pius*, 10. Il fait remarquer avec autant de justesse, que Godefroy [*Comment. ad Const.* 13, *De accusat.*, C. Th., IX, 1, éd. Ritter, t. 3, f° 19, col. rect.] commet une erreur en interprétant ces mots en ce sens que le préfet siégeant *in senatu* aurait statué *de senatoribus* avec le Sénat. En effet, quoique le *princeps* se fît souvent accompagner de son préfet au Sénat, — Tacit., *Ann.*, VI, 15; Suet., *Claud.*, 12; Dio Cass., LX, 23, — il ne faut pas perdre de vue que celui-ci ne pouvait pas prendre part aux débats. Dio Cass., LXXIX, 1.) — De même encore, Alexandre avait pour habitude d'appeler à son *consilium*, suivant les affaires à traiter, les personnages les plus compétents : des hommes doctes et diserts, s'il s'agissait de questions de droit ou de négociations; de vieux guerriers, les soldats les plus renommés et les plus aptes, s'il s'agissait de questions militaires. (Lamprid., *Alex. Sev.*, 16; cf. Capitol., *M. Antonin.*, 22, et la satire IV, *Rhombus*, de Juvénal.)

En ce qui concerne la procédure, nous nous bornerons à dire qu'il n'existait pas de règles fixes et que la volonté du *princeps* jouait ici, comme ailleurs, le rôle principal. (Voy. Suet., *Aug.*, 33 ; Capitol., *M. Anton.*, 24.) La direction des débats, l'ordre des dépositions lui appartenaient, et c'était lui qui formulait les questions. (Suet., *eod.*) Parfois aussi il prenait part au vote. (Dio Cass., LVI, 41; LVII, 7.) Les *consiliarii* votaient d'ordinaire par écrit et en motivant leur décision. Par suite, leur vote était souvent secret, et on n'en donnait pas même toujours lecture devant le *consilium*. (Suet., *Ner.*, 15; cf. Dio Cass., LII, 33.) Toutefois, il n'est pas sans exemple de rencontrer un vote oral motivé, et, en pareille occurence, les opinions de chacun

étaient recueillies par écrit, sans doute au moyen de notes sténographiques, *notæ*, par un *notarius*, pensons-nous, pour servir de base à la rédaction du rapport de l'affaire. (Voy. *infer.*, et comp. *Appendice* 1, I.) Lampride, qui nous donne quelques détails sur la tenue des *consilia* d'Alexandre Sévère, nous dit (*eod.*) que tous les conseillers donnaient leur avis l'un après l'autre et qu'on écrivait ce que chacun avait dit; et il ajoute qu'avant de parler, on avait tout le temps d'étudier l'affaire et d'y réfléchir, afin de ne pas se voir contraint de trancher à la légère des questions mettant en jeu un grave intérêt. Des rapports (*causarum breves*) devaient être faits dans chaque affaire, et Alexandre veillait de près à leur complète fidélité; car le même historien nous apprend à ce sujet (*eod.*, 28) qu'un sténographe (*notarius*) « *qui falsum causæ brevem in consilio imperatorio retulisset, incisis digitorum nervis, ita ut nunquam posset scribere, deportavit.* » — En ce qui touche la décision, c'était moins la majorité du *collegium* qui la dictait, que le *princeps* qui l'imposait (Suet., *Ner.*, 15); et si, sans doute, un prince comme Marc-Aurèle avait pris, d'après son biographe (Capitol., *M. Anton.*, 22), ces paroles pour axiome favori : « *Æquius est, ut ego tot et talium amicorum consilium sequar, quam ut tot et tales amici meam unius voluntatem sequantur* », il n'en demeure pas moins vrai que bien d'autres empereurs ne suivirent pas cette ligne de conduite, et trois décisions du *consilium* d'Alexandre Sévère, qui nous sont rapportées par Paul, prouvent jusqu'à l'évidence que l'opinion de l'empereur était la règle unique et exclusive qu'on devait suivre, et que les conseillers ne faisaient que donner des avis; en un mot, que l'empereur *pronuntiabat secundum voluntatem suam.* (Voy. LL. 38 pr., *De minor.*, D., IV, 4; 74 § 1 [76 § 1, *in ed.* Mommsen], *Ad S. C. Trebell.*, D., XXXVI, 1; 50, *De jure fisci*, D.)

Quant aux travaux et aux attributions du *consilium*, ils sont multiples : on y tient tout d'abord des audiences solennelles (Cassiod., *Var.*, VI, 6); c'est aussi là qu'on prépare les édits, les formules d'actions, qu'on lit les projets de lois (Const. 8, *De legib.*, C. Just., I, 14), que sont soumises en délibéré, avant d'être promulguées, les constitutions impériales, *latissimo sensu.* (L. 17 pr., *De jur. patron.*, D.; Capitol., *Anton. Pius*, 12; Lamprid., *Alex. Sev.*, 16. Ce dernier texte est ainsi conçu : « ..... *neque ullam constitutionem sacravit sine viginti jurisperitis, et doctissimis ac sapientibus viris, iisdemque disertissimis, non minus quinquaginta : ut non minus in consilio essent sententiæ, quam senatusconsultum conficerent.* » MM. Laass d'Aguen, dans sa traduction d'ailleurs fort mauvaise de ce passage, et Mommsen, *op. et loc. citt.*, ne nous semblent pas avoir compris ce texte qui ne signifie pas, comme ils le disent, qu'Alexandre Sévère convoquait au moins vingt jurisconsultes de profession, plus cinquante autres membres; mais bien, comme le prétendent plus exactement à nos yeux MM. Ortolan et Serrigny, — *opp. et locc. citt.*, — qu'il y appelait vingt *jurisperiti* et d'autres conseillers, de manière à n'avoir pas au total moins de cinquante opinants dans son conseil. La justesse de cette interprétation est démontrée par le motif même que donne le biographe de cette manière d'agir; l'empereur, dit-il, procédait ainsi, afin que les conseillers ne fussent pas inférieurs en nombre à celui qui était requis pour la confection des sénatus-consultes. Or, Constance — 337-361 — nous apprend que le nombre des sénateurs était de 50 et non de 70; Const. 9, *De prætorib.*, C. Th., VI, 4; — comp. M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, p. 59, n° 47. — Que d'ailleurs les lignes de Lampride aient surtout eu en vue l'instruction juridique donnée en forme de rescrit, suivant l'opinion de Mommsen, nous l'admettons volontiers.) C'est encore là qu'on tient conseil sur les affaires d'administration (Const. 10, *De legat.*, C. Th.; Novell. Théodos. II, tit. XXIV, *De amb.*, § 5), qu'on juge les procès tant civils que criminels, qu'on rend la justice administrative, qu'on donne réponse aux requêtes (*supplicationes*) adressées par les particuliers ou par les municipes à l'empereur. (Dio Cass., LVII, 17. — C'est ainsi que dans

l'inscription précitée d'Orelli, n° 3118, on voit Domitien trancher un débat relatif aux *subsiciva* entre les villes de Firmum et de Falerio [dans le Picenum ; auj. Fermo et Falerone].) — Mais Mommsen (*loc. cit.*, p. 952) pense avec raison qu'il n'est pas probable que d'autres matières, par exemple les questions militaires, et en général politiques, aient été portées devant le *consilium*, surtout après l'époque où il avait reçu une organisation plus forte, dans le but de rendre la justice, de former une haute Cour de justice (*auditorium*). — Les protocoles étaient tenus par les *notarii* avec leur *primicerius* et leur *secundicerius* (Const. 2, *De primic.*, C. Th., VI, 10 ; Const. 7, *De privileg. eor.*, C. Th., VI, 35 ; Gruter, *Inscr.*, p. 449, 7) ; dans les procès, des personnes choisies dans les *scrinia* impériaux, telles que des *libellenses* ou des *epistolares*, étaient chargées de ce soin. (Const. 3 pr., *Ubi senator.*, C. Just., III, 24 ; Const. 32 §§ 2 et 4, *De appellat.*, C. Just., VII, 62.)

Bien que la question soit douteuse, nous pensons avec Zimmern et Mommsen (*opp. et locc. citt.*) que le *consilium* judiciaire ou *auditorium* doit, sous les empereurs chrétiens, être distingué du conseil d'Etat politique ou *consistorium* établi dans la suite, et dont on peut déjà démontrer l'existence sous Auguste, Tibère et Alexandre. (Voy. Suet., *Aug.*, 35 ; Dio Cass., LIII, 21 ; cf. LV, 27, et LVI, 28 ; Suet., *Tib.*, 55 ; Herodian., VI, 1, 3 ; Dio Cass., LXXX, I ; Mommsen, *op. cit.*, II², pp. 865 et suiv.) Cependant il est fort possible que tous les membres du second aient aussi appartenu au premier. Mais Dion Cassius (LV, 27), en nous montrant qu'Auguste a parfois employé le conseil d'Etat comme *consilium* pour l'administration de sa justice, vient confirmer la différence des deux institutions et inviter par là même à ne pas les confondre. — Quant au mot *auditorium*, il désigne simplement une salle d'audience (Const. 1, *De postul.*, C. Th., II, 10), et, par extension, l'audience elle-même. (Ex. gr. L. 1 § 4, fr. Marcian., *Ne de statu defunct.*, D., XL, 15 : *in auditorio publico*, en audience publique ; cf. L. 54 § 1, fr. Paul., *De re judic.*, D., XLII, 1.) C'était le lieu (palais, forum ou édifice public ; Dio Cass., LXIX, 7) où siégeait l'empereur quand il rendait la justice assisté de ses assesseurs ; l'endroit où le *princeps*, entouré de son conseil, donnait audience, par exemple la salle spéciale du palais affectée à cet usage sous Sévère. (Dio Cass., LXXVI, 11.) L'enceinte où se rendait la justice sous l'empire s'appelait indistinctement *auditorium* ou *secretarium*, *consistorium*, *secretum*. (Const. 8 § 3, *De jurisdict.*, C. Th., II, 1 ; Const. 14, *De testib.*, C. Just., IV, 20 ; Lydus, *De magist.*, III, 11, 27, 65 ; Rudorff, *Gesch. des röm. Rechts*, II, p. 55.) Quant à l'instance qui se déroulait devant le tribunal impérial, elle portait, comme celle qui avait lieu devant le Sénat, la dénomination technique de *cognitio*. (Ex. gr. : Tacit., *Ann.*, III, 10 ; Plin., *Ep.*, VI, 22, 31 ; VII, 6 ; Senec., *De clem.*, I, 15 ; Capitol., *M. Ant.*, 10 ; *Verus*, 9 ; et spécialement Suet., *Ner.*, 15, où les mots *jus dicere* sont opposés à *cognoscere* ; cf. une inscript. de l'époque de Sept. Sévère, Henzen, 6524 ; Marini, *Arvali*, p. 798 ; Renier, *Inscript. de l'Afr.*, n° 3886, et les expressions *cognitionem* [ou *judicium*] *recipere* : Tacit., *Ann.*, XIV, 50 ; Plin., *Epist.*, VI, 22 ; *suscipere* : Plin., *eod.*, 31 ; *excipere* : Tacit., *Ann.*, III, 10.) Il est probable que dans toute procédure criminelle, où se trouvaient tout au moins impliqués des accusés de haut rang, la publicité était exclue. Elle le fut dans tous les cas très-fréquemment (Senec., *eod.* ; Plin., *Epist.*, VI, 31 ; Capitol., *Marc. Anton.*, 10 ; Tacit., *Ann.*, XI, 2 ; XIII, 4) ; mais Capitolinus (*eod.*) et Dio (LV, 7) montrent qu'il en était autrement pour les criminels vulgaires. Les nombreux passages dans lesquels il est question des audiences publiques de la juridiction impériale se réfèrent probablement surtout à des procès civils. (Suet., *Aug.*, 33, 72 ; Dio Cass., LV, 27 ; LVII, 7 ; LX, 4 ; LXVI, 10 ; LXIX, 7.) Toutefois le jugement était prononcé publiquement ou rendu public. (Voy. Mommsen, *op. cit.*, II², pp. 926, texte et note 3, et 943, note 3.) — Par figure de langage, on nommait aussi *auditorium* cette fraction même du conseil. Il y a donc analogie

avec ce que nous avons vu advenir de la dénomination *consistorium*, qui désigna également par la suite le conseil lui-même. — L'*auditorium* était alors le conseil judiciaire dont le prince avait l'habitude de s'entourer lorsqu'il rendait la justice. (Spartian., *Hadr.*, 8, 18 ; Dio Cass., LXIX, 7.) C'était là une coutume excellente, que les magistrats, les préteurs, les juges, pratiquaient déjà, *tempore liberæ Reipublicæ*, en se faisant assister, pour l'accomplissement de leurs fonctions respectives, de jurisconsultes, d'amis ou de conseillers, *assessores* ou *comites* (Tit. Liv., XXXVIII, 60 ; Cic., *2a act. in Verr.*, I, 29 ; II, 29 ; V, 21), auxquels ils étaient libres d'en référer. Simple usage d'abord, ce conseil devint sous l'empire une institution régulière, ainsi que suffit à le prouver l'existence des deux titres *De officio adsessorum*, au D., I, 22, et *De adsessoribus*, au Code de Justinien, I, 51. Il fut même rétribué aux frais du trésor à partir d'Alexandre Sévère. (Lamprid., *Alex. Sev.*, 46 : « *Assessoribus salaria instituit* ». Comp. § 4, note 16, II.) — Si les termes *consilium* et *concilium* sont anciens, le mot *auditorium* ne se rencontre dans les textes qu'à partir de Marc-Aurèle ; mais on l'y trouve du moins dès cette époque ; des fragments d'Ulpien parlent, en effet, de décrets rendus dans l'auditoire du prince en général, et en particulier dans les *auditoria* de Marc-Aurèle, de Septime Sévère et d'Antonin Caracalla. (L. 22 pr., *Ad S. C. Trebell.*, D.; L. 18 §§ 1 et 2, *De minor.*, D.) — Les autres magistrats ayant juridiction et les *Præfecti prætorio* avaient aussi leur *auditorium* : c'est ainsi qu'il est question au Digeste de l'auditoire de Longinus, sous les *divi fratres* (L. 1, fr. Ulp., *An per alium causæ appell.*, D., XLIX, 9), et de celui de Papinien, où Paul nous fait assister à une discussion célèbre à laquelle il prit part en qualité d'assesseur, et dans laquelle son opinion triompha. (Elle était relative à l'effet d'un *pactum* adjoint *in continenti* à une stipulation, en vue de *minuere obligationem*. L. 40, fr. Paul., *De reb. cred.*, D., XII, 1, l'une des *septem leges damnatæ* ou des *septem cruces jurisconsultorum.*) Pareillement, le *Præfectus urbi* avait son *auditorium* (Zimmern, *Gesch. des röm. Privatr.*, I, § 99, Heidelberg, 1829), aussi bien que le *vicarius*, qui était à la tête d'un diocèse, c'est-à-dire d'une réunion de plusieurs provinces (Gothof., *Ad constit.* 11, *De medic. et professor.*, C. Th., XIII, 3), et le *præses* ou *rector* de la province. Julien, dans son *Liber Novellarum* (c. 38 § 166), mentionne même l'*auditorium* du *quæstor exercitus*. (Voy. M. G. Humbert, dans le *Dict.* de Daremberg et Saglio, v° AUDITORIUM.) Enfin, que le mot *auditorium* s'emploie de préférence quand le conseil délibère en matière judiciaire, c'est ce que prouvent les constitutions 37, 38 et 39 pr. et § 1, au titre *De appell. et consult.* (C. Just. — Voy. M. Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 311, note 25.)

(7) Capitol., *M. Anton.*, 11 : « *Habuit secum præfectos, quorum ex auctoritate et periculo semper jura dictavit. Usus autem est Scævola præcipue jurisperito.* » Il n'est pas prouvé que Scævola ait été son *Præfectus prætorio*.

(8) Tarrutenus Paternus, auteur du traité *De re militari*, dont il existe des fragments au Digeste, fut *Præf. præt.* sous cet empereur. (Lamprid., *Commod.*, 4.)

(9) Papinien avait suivi l'enseignement de Q. Cervidius Scævola, en même temps que Septime Sévère, dont il fut le successeur dans l'emploi d'avocat du fisc, et qui, parvenu à l'empire, le nomma *Magister scrinii libellorum*, puis préfet du prétoire en 203, neuf ans avant sa mort ; il fut assassiné en 212 sur l'ordre de Caracalla, peu de temps après que celui-ci s'était déjà rendu coupable du meurtre de son frère P. Septimius Geta, crime que Papinien ne fut pas assez prudent pour absoudre, mais qu'il eut la dignité de condamner. (Voy. Dio Cass., LXXVII, 4 ; Spartian., *Caracall.*, 4 et 8 ; cf. Aurel. Victor, *De Cæsar.*, 20 *in fine*.) Nous avons vu que l'empereur l'appela aussi à siéger dans son *consilium*. (Voy. *supra* note 6.)

(10) A l'époque de Lampride, on discuta déjà sur le point de savoir si Paul et Ulpien avaient été créés préfets par Elagabale (218-222) ou par son successeur.

C. — Des questeurs candidats du prince (*quæstores candidati principis*) (12);

(Lamprid., *Alex. Sever.*, 26.) Ce qu'il y a de certain, c'est qu'Ulpien fut *Præf. pr.* sous Alexandre Sévère, comme suffirait à le prouver un rescrit de cet empereur lui-même. (Const. 4, *De loc. et cond.*, C. Just., IV, 65.) Deux préfets du prétoire, Flavianus et Chrestus, voulant disputer le pouvoir à l'impératrice mère, Julia Mamæa (voy. Lamprid., *Alex. Sev.*, 3), en laissant libre carrière à la licence des prétoriens, Ulpien aida cette princesse à s'en débarrasser. Ils furent exécutés, et Ulpien fut nommé à leur place. Mais le mécontentement des prétoriens fit, bientôt après, éclater à Rome une révolte ; elle fut suivie d'un massacre qui dura trois jours ; ce fut au cours de cette émeute qu'Ulpien fut égorgé par les soldats. Ces faits se passèrent vers l'an 228.

(11) Suivant une opinion rapportée par Lampride (*Alex. Sev.*, 26), Paul aurait, ainsi qu'Ulpien, assisté Papinien dans l'exercice de ses fonctions. Il fut certainement préfet du prétoire sous Alexandre Sévère, après avoir exercé à Rome la profession d'avocat et avoir siégé dans le *consilium*. On place la date de sa mort vers l'an 235. — Consulter sur Papinien, Ulpien et Paul, les articles que consacre à chacun d'eux la *Nouvelle biographie générale*, ainsi que l'article réservé à Alexandre Sévère. Voy. aussi *supra* note 6.

(12) Ou simplement *candidati principis*. (L. unic. §§ 2 et 4, fr. Ulp., *De off. quæst.*, D., I, 13.) La terminologie plus complète indiquée au texte permet d'éviter une confusion entre ces *candidati* et ceux dont nous avons parlé au sujet des élections. (Voy. § 1, notes 17 et 19. Cf. § 1, note 9, et *infra*, note 26.) Elle serait également évitée par les dénominations de *quæstores principis*, *Cæsaris*, *Augusti*, que l'on rencontre souvent, ainsi que par la désignation de *quæstor candidatus*, *quæstor imperatoris*, *Augusti*, (ou *divi Augusti*, voy. Suet., *Vitell.*, 1), *imperatoris Cæsaris Augusti*, *quæstor urbanus*, ou autres analogues, que l'on trouve aussi sur les inscriptions. (Voy. Henzen, t. 3, *Index*, p. 105, *col. rect.*) Qu'il y eut plusieurs *quæstores Cæsaris*, c'est ce qui ressort d'un passage formel de Pline le Jeune (*Epist.*, VII, 16), où cet auteur nous apprend qu'il fut questeur de l'empereur avec Calestrius Tiro, un de ses plus intimes amis. (Cf. *Ep.*, VI, 1.) — De même que sous l'empire, quatre questeurs furent attachés au service des deux consuls (Dio Cass., XLVIII, 43 ; Tacit., *Ann.*, XVI, 34 ; Lange, I, 747-749 ; — voy. aussi M. Dezobry, *op. cit.*, t. 2, p. 292), et que d'autres suivirent les gouverneurs des provinces sénatoriales, il en est d'autres encore qui furent attachés à la personne de l'empereur, à son service. Elevé par lui à cette dignité, le *quæstor candidatus principis*, qui n'a rien de commun avec les *quæstores* de la République, était d'ordinaire chargé de lire les propositions de l'empereur au Sénat. (Dio Cass., LIV, 25 ; LX, 2 ; Tacit., *Ann.*, XVI, 27 ; Suet., *Aug.*, 65 ; *Tit.*, 6 ; Spartian., *Hadrian.*, 3 ; cf. *C. I. L.*, III, 550, et Cassiod., *Var.*, VI, 5 ; L. unic. §§ 2 et 4, *De off. quæst.*, D.) L'empereur sans doute présidait parfois lui-même le Sénat (Tacit., *Ann.*, I, 7, et III, 17 ; Suet., *Tib.*, 23) ; mais, en règle générale, et cela en vertu du *jus relationis* et même *plurium relationum*, qui lui appartenait (Dio Cass., LIII, 32 ; *Lex de imp. Vesp.* ; Capitol., *M. Antonin.*, 6 ; *Pertinax*, 5 ; Vopisc., *Prob.*, 12 ; etc. Cf. Zumpt, *Studia rom.*, 262), il faisait lire par son *quæstor* sa *relatio*, habituellement présentée sous forme d'*oratio*, de *libellus* ou d'*epistola principis*, exposé des motifs du sénatus-consulte proposé au Sénat, et toujours adopté par lui. (C'est ce qui explique pourquoi le S. C. est souvent appelé *oratio principis* par les jurisconsultes ; ex. gr. L. 8 pr., fr. Ulp., *De transact.*, D., II, 15, et pourquoi aussi c'est cette *oratio* qu'ils commentent ; ex. gr. L. 32, fr. Ulp., *De donat. int. vir. et ux.*, D., XXIV, 1.) Nous avons de ce fait un exemple à la fois historique et juridique entre mille. Ulpien nous rapporte que l'*oratio imperatoris Se-*

D. — Du préfet des gardes de nuit (*præfectus vigilum*) (13) ;

---

veri, par laquelle défense était faite aux tuteurs et curateurs de vendre (*distrahere*) les *prædia rustica vel suburbana* des pupilles ou mineurs, fut lue à haute voix au Sénat : « *quæ oratio in Senatu recitata est...* » (L. 1 § 1, *De reb. eor. qui sub tutel.*, D., XXVII, 9.) Ce fut évidemment par un *quæstor*. (Cf. L. 8 pr., *De transact.*, précitée.) — Voy. sur les *quæstores candidati principis* : Stobbe, *Les candidati Cæsaris*, dans le *Philologus*, t. 29, 669-683 ; Walter, *op. cit.*, t. 1, § 283 ; Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II[1], pp. 517 et suiv., 554 et suiv. ; Willems, *op. cit.*, pp. 313 et 318. Nous ajouterons que M. Ortolan (*op. cit.*, 10e éd., p. 375, n° 90, § 475) regarde comme probable que la charge de questeur candidat de l'empereur, qui se développa sous les successeurs d'Auguste, et qui procurait, avec des distinctions permanentes, la perspective d'un avancement plus rapide (voy. Tacit., *Ann.*, XVI, 27 ; L. unic. §§ 2 et 4, *De off. quæst.*, D. ; J. Lydus, *De mag.*, I, 28 ; Lamprid., *Alex. Sev.*, 43), changea de nom sous Constantin et fut l'origine de celle du *quæstor sacri palatii*, que l'on rencontre à cette époque, et sur lequel nous aurons l'occasion de revenir plus tard. (Voy. § 4, note 46.)

(13) Créée en l'an 6 de notre ère (759 U. C.) , la *Præfectura vigilum* avait pour mission de garantir la sécurité matérielle de la cité et pour attribution spéciale d'apporter du secours en cas d'incendie, comme d'empêcher les feux. (Dio Cass., LV, 26 ; Suet., *Aug.*, 30 ; Strab., V, 3, § 7 ; LL. 1, 2 et 3 pr. et §§ 3 et 4, fr. Paul et Ulpien, *De offic. Præf. vigil.*, D., I, 15. Cf., sur les auxiliaires et les appareils mis à la disposition du *Præf. vig.* : Henzen, *Annali*, 1874, pp. 118 et suiv. ; Marquardt, *Röm. Staatsverw.*, II, p. 469, note 2.) — La découverte faite en 1820 de deux inscriptions donnant la liste de l'une des *cohortes vigilum* (Olaus Kellermann, *op. infr. cit.*), la détermination faite en 1858 de l'endroit où se trouvaient quatre postes de *vigiles* (De Rossi, *Annali dell' Inst.*, 1858, pp. 265-297 ; 391-392), les travaux postérieurs qui sont parvenus à démontrer avec une certaine apparence de raison l'existence d'un cinquième poste (Lanciani, *Bull. archéol. munic.*, 1873, p. 252), enfin la découverte en 1866 d'un *excubitorium* (corps de garde) de la septième cohorte, avec de nombreuses inscriptions (Henzen, *Bullett.*, 1867, pp. 12 et suiv. ; *Annali*, 1874, pp. 111 et suiv.), permettent d'arriver aux résultats suivants : le corps des *vigiles* comprenait sept *cohortes vigilum*, qui étaient réparties de telle sorte entre les quatorze *regiones* (quartiers), dans lesquelles Auguste avait divisé Rome (voy. Willems, *op. cit.*, p. 325), que chacune d'elles desservait toujours deux *regiones* (L. 3 pr., *eod.*), et que dans chaque quartier se trouvait un *excubitorium*. (Dans le *curiosum* et la *notitia*, dans Jordan, *Topographie der Stadt Rom*, II, p. 573, sont mentionnées *cohortes prætoriæ X, urbanæ IV, vigilum VII, quorum excubitoria XIIII.* — Dans l'inscription rapportée par Henzen, *Annali*, 1874, p. 131, n° 13, un soldat de la VIIe cohorte dit : *Gratias agam Genio excubitori.*) — Les *cohortes vigilum* furent, à l'origine, exclusivement composées d'affranchis (Dio Cass., LV, 26 ; Strab., V, 3, § 7, p. 235 ; Suet., *Aug.*, 25), et plus tard, depuis Septime Sévère, de citoyens (Dio Cass., *eod.*), qui s'y trouvaient même en majorité à cette époque, puisque dans l'inscription de l'an 203 citée *infra*, sur 18 *vigiles*, on ne rencontre que 5 affranchis, contre 13 citoyens. A leur tête était le *Præfectus vigilum*. (*Dict. leg.* 3 pr. ; Suet., *Aug.*, 30 ; Dio Cass., LII, 24, 33 ; LV, 26, 31 ; Strab., V, 3, § 7, p. 235 Casaub. — En grec, ὁ τῶν νυκτοφυλάκων ἄρχων, Dio, LVIII, 9 ; ou ὁ ἔπαρχος ὁ νυκτοφυλάκων, Dio., LII, 33 ; ou aussi νυκτοφύλαξ, Dio, LII, 24. Hirschfeld nous donne la liste de ceux qui nous sont connus, *Verw. Gesch.*, pp. 145 et suiv.) Ce fonctionnaire fut d'abord choisi parmi les *equites*, puis, plus tard, entre les sénateurs. (Dio Cass., LII, 24 ; cf. Becker-Marquardt, *Handb.*, II, 3, 275.) Ce n'est qu'au quatrième siècle que les *Præf. vigil.* furent comptés au nombre des *cla-*

rissimi; ils devinrent même ensuite *spectabiles*. D'où la conclusion que les mots *spectabili viro* du pr. de la L. 3 sont interpolés. Nommé pour un temps déterminé, le *Præf. vigil.* n'était point compté parmi les *magistratus* proprement dits. (L. 2 § 33, fr. Pompon., *De orig. jur.*, D. Cf. L. 7 § 2, fr. Ulp., *De off. procons.*, D., I, 16, et Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II², p. 894, note 1.) Il eut bientôt une juridiction spéciale, à raison des faits délictueux se rattachant à la sécurité publique. (*De incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus;* L. 3 §§ 1 et 2, *eod. Junge* L. 56 § 1 [*in edit.* Mommsen, 57 § 1], fr. Julian., *De furtis*, D., XLVII, 2, et L. 15, fr. Pompon., *De condict. caus. data*, D., XII, 4, où l'on voit que le *Præf. vig.* faisait exécuter les esclaves coupables de vol.) Paul (*dict. leg.*, § 5) indique encore un autre cas de juridiction de ce préfet. Il est relatif aux prévarications dont pouvaient se rendre coupables, dans l'exercice de leurs fonctions, les *capsarii* (Petron., 92), esclaves qui avaient pour mission de garder, dans les établissements publics de bains, les vêtements laissés par les baigneurs dans l'*apodyterium*, et de veiller à ce qu'ils ne fussent pas dérobés; ce genre de vol était, paraît-il, très-fréquent à Rome. (Voy, sur tout ceci: Plaut., *Rudens*, act. II, sc. 3, v. 51 sq.; Ovid., *Art. amat.*, III, v. 639; *Schol. Juv.*, III, 263; cf. Orell.-Henzen, nos 5092 et 7222; Cujas, *Observ.*, V, 8; P. Barral, *op. cit.*, vo CAPSARIUS; A. Rich., *op. cit.*, *eod. vo*, no 2; Dezobry, *op. cit.*, lettre XII, t. 1, p. 142; Flach, *La Table de bronze d'Aljustrel*, dans la *Nouvel. rev. histor.*, 1878, p. 668, no 47; E. Saglio, dans le *Dict. des Antiq., gr. et rom.*, vo CAPSARIUS, 2o.) — Quoi qu'il en soit, les *Præfecti vigilum* ne pouvaient pas connaître des *capitales causæ*, non plus que des causes d'une gravité exceptionnelle, qui, les unes comme les autres, devaient être renvoyées au *Præf. urbi.* (*Dict. leg.* 3 § 1, *eod.;* Const. unic., *De offic. Præf. vigil.*, C. Just., I, 43; Novell. XIII, cap. 6, princ.; Huschke, *Inc. auct. mag.*, p. 3; Cassiod., *Variar.*, VII, 7); et on voit par un texte de Paul (*dict. leg.* 3 § 1) et par un rescrit des empereurs Sévère et Antonin, rapporté par Ulpien (L. 4, *eod.*), que la peine que pouvaient prononcer ces fonctionnaires était celle de la schlague. Paul, *eod.*, ajoute que cependant une *severa interlocutio* tiendra parfois place de la *fustium castigatio.* — Sous le Bas-Empire, nous retrouvons le *Præf. vigil.* (Cassiod., *eod.*) Il a sous ses ordres, pour l'exercice de la police nocturne, les *vicomagistri*, et en ce qui concerne les secours à porter en cas d'incendie, le corps des *collegiati* (voy. C. Just., *De colleg.*, XI, 17), dont les membres, tirés des différentes corporations urbaines, sont nommés à vie. (Anonym., *Descript. urbis Constantinop.;* Const. 5, *De commerc.*, C. Just., IV, 63; Symmach., *Epist.*, X, 34.) Pour ce qui est du pouvoir jurisdictionnel, nous n'avons qu'à renvoyer à ce qui précède. Justinien remplaça, à Constantinople, le *Præf. vigilum* par un *Prætor populi*, auquel il donna des prérogatives bien plus étendues; à côté de lui, il plaça un *quæstor* spécialement chargé de la police des étrangers, ainsi que de la recherche et de la poursuite des crimes. (Nov., 13, 14 et 80; J. Lydus, *De mag.*, II, 29, 30; Procop., *Hist. arcan.*, c. 20. — Dans la *Notitia dign. Orient.* de Böcking, p. 178 *in fine*, le nom de *prætores*, par suite d'une méprise évidente, a été substitué au nom du *quæstores.*) — Voy. au surplus sur la *Præfectura* et sur le *Præfectus vigilum:* Becker-Marquardt, *op. cit.*, II, 3, 284-286; III, 2, 383 et suiv.; Rein, *Vigiles*, dans la *Pauly's Real-Encycl.*, t. VI; Olaus Kellermann, *Vigilum Romanorum latercula duo Cœlimontana*, Romæ, 1835, in-4; Preller, *Regionen*, pp. 92-96; G. B. de Rossi, *Le stazioni delle sette coorti dei vigili nella città di Roma*, dans les *Annali dell'Instit. di correspond. archeol.*, Roma, 1858; Pellegrini et Henzen, *Bullett. dell' Inst.*, 1867, et *Annali*, 1874; Walter, *op. cit.*, §§ 289, 292 et 378; Böcking, *Notit. dignit.*, II, 180-183; Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II¹, p. 586, et II², pp. 1008 et suiv.; Marquardt, *Staatsverw.*, II, pp. 468 et suiv.; Willems, *op. cit.*, pp. 323 et suiv.; Naudet, *op. cit.*, t. 1, p. 86; Serrigny, *op. cit.*, t. 1, pp. 255 et suiv,; Dezobry, *op. cit.*, t. 1, pp. 241 et suiv. — Sur le

E. — Du préfet des approvisionnements (*præfectus annonæ*) (14);

Præfectus vigilum de Constantinople, consulter Serrigny, *eod.*, nos 341 et suiv.

Nous rappellerons, en terminant, que les Latins Juniens acquéraient le *jus Quiritium* par un service dans les *cohortes vigilum*, service dont la durée, d'abord fixée à six années par la *lex Visellia* de l'an 682 de Rome = 72 av. J.-C., suivant Mommsen (*Bullet. de l'Inst. archéol. de Rome*, 1845, p. 193) et Beaudouin (*loc. inf. cit.*), ou de l'an 24 de notre ère, d'après Vangerow (*Ueber die Latini Juniani*, p. 202) et Marquardt (*op. cit.*, II, p. 469), fut réduite à trois ans par un sénatus-consulte postérieur. (Ulpian., *Reg.*, tit. III, § 5.) Avant 1869, on ignorait si Gaius parlait de ces deux monuments législatifs, à raison des nombreuses lacunes du manuscrit de Vérone, entre les §§ 32 et 33 du commentaire premier. Depuis la savante révision de M. Studemund, nous retrouvons exactement dans ce jurisconsulte, I, § 32 *a* ou *b*, les renseignements qu'Ulpien nous a fournis. (Voy. Huschke, *Jurispr. antejust.*, 1874, p. 174; Studemund, *Mittheilungen antiquarischen Inhalts aus dem Palimpseste des Gaius*, Leipz., 1869, in-4, p. 9; *Gai Institut. comment. quattuor*, Lipsiæ, 1874, p. 8; *Gai Institut. ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum*, Ed. P. Krueger et G. Studemund cum epistola critica Theod. Mommsen, Berol., 1877, p. 6. — Les passages précités de Gaius et d'Ulpien, dans la partie spécialement relative au S. C., servent à expliquer une inscription très-remarquable du règne de Septime Sévère [elle date de l'an 203], qui d'ailleurs les paie de retour en les confirmant d'une façon fort curieuse : elle prouve en effet que les *vigiles* étaient portés sur les *Tabulæ frumentariæ*, après trois ans de service. Or, étant donné qu'il y a une connexion très-intime entre l'acquisition de la cité et celle du *frumentum publicum*, par celui qui sert dans les *vigiles*, et qui recevait les deux bénéfices à la fois, il est certain qu'à l'époque de la *lex Visellia* un service d'une durée double eût été nécessaire. Voir Kellermann, *Vigiles*, 12; Orell.-Henzen, no 6752; Wilmanns, 1500; *C. I. L.*, VI, 220. Le *frumentum publicum* était au surplus le signe du droit de bourgeoisie romaine et non de la cité. De là le nom de *frumentarii* donné aux *vigiles* comme aux *peregrini*, sorte de sergents de ville qui recevaient aussi le *frumentum publicum*, après deux ans de service. Ils sont au reste bien postérieurs aux *vigiles*, puisqu'ils n'existèrent qu'à partir d'Hadrien. — Ils étaient casernés sur le mont Cœlius, au Sud de l'amphithéâtre Flavien. — Comp., sur tout ceci, Beaudouin, le seul auteur français à notre connaissance qui ait donné jusqu'ici le texte du § 32 *b* d'après les auteurs allemands, *op. cit.*, dans la *Nouvel. rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1879, pp. 23 et suiv.)

(14) En grec ἔπαρχος εὐθενίας, *C. I. G.*, 5895, 5973; on trouve dans Dion, LXXII, 13, ὁ ἐπὶ τοῦ σίτου τεταγμένος, et, dans une inscription de Bénévent, *C. I. L.*, IX, 1582 : *præpositus an*[*nonæ*] *imp... Severi et... Antonini.* — Otto Hirschfeld, dans son savant travail, *Die Getreideverwaltung der römischen Kaiserzeit*, inséré dans le *Philologus*, 1870, t. 29, 1-96, appelle l'attention sur ce fait que, si l'adjonction *urbis* ou *sacræ urbis* se rencontre bien pour le *subpræfectus* (Henzen, 6940; *C. I. L.*, III, 1464; elle est cependant absente dans l'inscription de *Concordia* nouvellement découverte; voy. *Bullett.*, 1874, p. 33), elle fait toujours défaut, en ce qui concerne le *Præfectus*, à l'époque antérieure à Dioclétien. (Voy. Hirsch., *op. et loc. citt.*, p. 48.) Il n'y aurait pas d'argument à tirer, contre cette manière de voir, de la façon dont s'exprime Vopiscus, qui, comme on le sait, vivait à Rome à la fin du troisième siècle et au commencement du quatrième, dans le chapitre 47 de sa vie d'Aurélien (270-275), parce que l'auteur y parle le langage postérieur. — Indiquer d'une manière absolument précise l'année où le *Præfectus annonæ* a remplacé les *curatores frumenti* ou *Præfecti frumenti dandi*, double désignation qu'emploie un S. C. de l'an 743 (Frontin., *De aq.*, 100, 101; cf. Suet., *Aug.*, 37; Dio Cass., LV, 31), est chose impossible dans

F. — Enfin des *præfecti ærarii Saturni*, appelés à remplacer

---

l'état actuel des documents. Ce qui est certain, c'est qu'il fut institué du vivant d'Auguste, et cela entre les années 8 et 14 de notre ère. En effet, en l'an 7 on ne voit encore fonctionner aucun *Præfectus annonæ* (voy. Mommsen, *Röm. Staatsverw.*, II², p. 995 note 1, et p. 996 note 2), et à la mort d'Auguste il en était question. (Tacit., *Ann.*, I, 7 ; cf. XI, 31.) D'après Mommsen (dernier passage cité), il est probable que le récit de son établissement par Dion a disparu dans une des lacunes du MS. de Venise. Cet auteur ne met pas en doute que ce récit ait existé. (Cf. Dio Cass., LII, 24 et 33.) Les magistrats extraordinaires que l'on rencontre encore après la création de la *Præfectura annonæ* sous le nom de *Præfecti frumenti dandi*, procèdent sans doute des *curatores frumenti* ou *Præfecti frumenti dandi* annuels d'Auguste, en ce sens vraisemblablement que, lorsque la *cura* permanente passa au *Præfectus annonæ*, on conserva le droit de rétablir par sénatus-consulte la *cura* primitive, pour les distributions extraordinaires. De là les *Præfecti frumenti dandi ex senatus consulto* que l'on rencontre depuis Tibère. (Orell.-Henzen, 3109, 3128, 3141, 5368 ; cette dernière inscription contient une formule qui est, jusqu'ici, restée à l'état d'énigme : PRÆF || FRUM. EX. S. C. S || ; cf. *C. I. L.*, VI, 3836 ; le titre que nous avons indiqué, *Præfecti frumenti dandi*, est le titre courant ; on lit sur les inscriptions grecques : *ἔπαρχος τοῦ σειτηρησ[ίου τοῦ δια]δεδομένου*, *C. I. Att.*, III, 629, ou *σίτου δόσεως δήμου Ῥωμαίων*, Lebas-Waddington, 2814 ; cf. *C. I. Gr.*, 5793, où cette dernière addition manque ; les mots *ex senatus consulto*, qui montrent bien le caractère extraordinaire de la fonction, et prouvent clairement qu'il s'agit là d'une autorité qui ne rentre pas dans l'administration impériale, ne sont pas constants dans le langage épigraphique ; ils font parfois défaut, déjà même dans les inscriptions de l'époque de Tibère, Orell., 3109. Cf. aussi *infra*.) On retrouve ces *Præfecti frumenti dandi* jusqu'à la fin du second siècle. (L'inscription d'Orell. n° 77, dans laquelle est nommé un Préfet de ce genre, avec l'addition EX S. C. est de l'époque d'Antonin le Pieux ou de Caracalla ; voy. Borghesi, *opp.*, 4, 128 ; joindre, pour l'époque postérieure à Marc-Aurèle, Renier, 2749 ; pour l'époque de Commode, Henzen, 6492 ; pour celle d'Alexandre, Henzen, 6048. Mais dans toutes ces inscriptions, les mots EX S. C. sont absents. Cf. Mommsen, *op. cit.*, II¹, p. 654, note 3.) C'étaient ordinairement d'anciens préteurs qui remplissaient ces fonctions ; mais des édiliciens les occupèrent aussi. (*C. I. Gr.*, 5793, et *C. I. Att.*, III, 629. Cf. l'étude de Mommsen, sur les *Præfecti frumenti dandi* dans *Hermes*, IV, 364 et suiv.)

Le *Præfectus annonæ*, exclusivement choisi parmi les *equites* (Dio Cass., LII, 24), apparaît toujours comme fonctionnant seul ; sous ses ordres, se trouvaient placés des *centuriones annonæ*, comme aussi des *procuratores annonæ*, soit à Ostie, soit dans les provinces riches en blé, telles que la Narbonaise, la Ligurie, l'Espagne, l'Afrique. (Orell.-Henzen, n° 6523, et n°s 3655, 6520, 6521. Cf. *infra*.) Il est incontestable que les deux *Ædiles cereales* créés par Jules César (Dio Cass., XLIII, 51 ; L. 2 § 32, *De orig. jur.*, D.) lui étaient encore subordonnés ; mais on est loin de connaître à fond ces derniers fonctionnaires.

Les attributions de la *Præfectura annonæ* (*cura annonæ*) consistaient dans l'approvisionnement de la ville de Rome non-seulement en blé (Dio Cass., LII, 24 ; Senec., *De brevit. vitæ*, 18 et 19), mais plus tard aussi, d'une manière générale, en toutes autres espèces de denrées alimentaires et spécialement en huile, comme le montrent au troisième siècle, sous Alexandre Sévère, un passage de son biographe (Lamprid., *Alex. Sev.*, 22), et même au second siècle, d'après Mommsen, une inscription de Séville, dédiée à Sextus Julius qui vivait sous les *divi fratres*, par les caboteurs espagnols (*scapharii hispalenses*), *ob innocentiam justitiamque ejus singularem*. (L'inscrip-

les *quæstores* dans l'administration des finances publiques et

---

tion, telle qu'elle se trouve dans Henzen, n° 6522, porte : SEX . IVLIO . etc..... ADIV || TORI... ANTONINI . PRAEF . ANNON || AD OTIVM... HISPANVM RECEN || SENTVM. Le mot *otium* fait toute la difficulté. Mommsen propose de lire AD OLEVM HISPANVM RECENSENDVM. ; voy. Mommsen, *ad hanc inscr.*, note 7, *C. I. L.*, II, n° 1180. Cf. *Röm. Staatsr.*, II², p. 997, note 6. — Ce n'est cependant que sous Septime Sévère, que furent introduites les distributions d'huile ; Spartian., *Sever.*, 18 ; Lamprid., *loc. sup. cit.*; Hirschfeld, *Getr. Verw.*, p. 19. Rome tirait ses provisions d'huile de l'Afrique, surtout de Tripoli, du moins depuis ce même empereur qui en était originaire ; Spartian., *eod.*; Aurelius Victor, *De Cæsar.*, 41 ; Symmach., *Epist.*, X, 55. *Junge* d'ailleurs, en ce qui concerne l'*oleum urbicarium*, Gothof., *Ad Const.* 3, C. Th., *De canon. frument.*, XIV, 15, éd. Ritt., t. 5, foll. 255 et suiv., et præsert. f° 256, col. rect.) — Les attributions de la *Præfectura annonæ* comprenaient aussi la surveillance de la vente du blé à un taux modéré, de même que les distributions périodiques et gratuites (*cura frumenti.* — Voy. Mommsen, *op. cit.*, dans *Hermes*, *loc. sup. cit.*). Le *Præfectus annonæ* à qui Sénèque, dans un passage curieux (*De brevit. vit.*, 19) trace une règle de conduite sévère pour l'approvisionnement de Rome, était chargé de la police sur les débits de vivres et il exerçait une haute surveillance sur les boulangers (*pistores* ; — *Fr. Vatic.*, §§ 233-235 incl. Cf. C. Th., XIV, 3 ; C. Just. XI, 15 ; *C. I. L.*, VI, 1002 ; Wilmanns, 2805 ; Hirschfeld, *op. cit.*, pp. 44 et suiv.), et sur les nautoniers de la mer ou du Tibre. (*C. I. Gr.*, 5973 ; Orell. — Henzen, n°s 1084 et 7195. — Comp. sur les corporations des *navicularii* chargés du transport jusqu'à l'embouchure du Tibre, le titre *De navicularii*s au C. Th., XIII, 5, et spécialement les constitutions 8, 21, 26, 32-34 incl. et 38 à ce titre ; ainsi que les deux titres *Ne quid oneri publ.* et *De naufrag.* au C. Th., XIII, 8 et 9 ; et sur les *nautæ Tiberini*, Vopisc., *Aurelian.*, 47 ; C. Th., XIV, 21 ; C. Just., XI, 26 ; ces derniers s'appelaient aussi *caudicarii*, Const. 2, *De pistor.*, C. Th., XIV, 3 ; Const. 9, *De suariis*, C. Th., XIV, 4 ; Const. 1, *De canon. frum. urb. Rom.* ; — ou *nautici*, Const. 2, *eod.*)

Ajoutons que le *Præf. annonæ* était investi, à tout le moins à l'époque classique, de la juridiction civile et criminelle des causes se référant au commerce de grains. (L. 1 § 18, fr. Ulp., *De exerc. act.*, D., XIV, 1 ; L. 8, fr. Paul., *Quod cum eo*, D., XIV, 5 ; L. 13, fr. Marcian., *De accusat.*, D., XLVIII, 2 ; L. 3 § 2, fr. Papir. Just., *De leg. Jul. de ann.*, D., XLVIII, 12 ; Cassiod., *Variar.*, VI, 18 ; Böcking, *Notit. dig.*, II, pp. 177 et suiv. ; Campianus, *De offic. et potest. magist. rom.*, p. 257.) C'est pourquoi Pomponius le range au nombre des autorités qui rendent la justice. (L. 2 § 33, *De orig. jur.*, D.) Quant au *jus gladii* du *Præf. annonæ*, on n'en peut démontrer l'existence à son profit que pour l'époque de Constantin. (Orell., n°s 3169 et 3191.) — L'appel de ses sentences était porté devant le *princeps* (L. 8 précitée, *Quod cum eo*, D. ; Dio Cass., LII, 33), ou devant le préfet du prétoire.

La *Præfectura annonæ*, qui fut de la part des empereurs l'objet d'une sollicitude constante (Tacit., *Ann.*, II, 87 ; VI, 13 ; XV, 18 et 39 ; Suet., *Claud.*, 18 ; Spartian., *Sev.*, 8), est au reste demeurée par la suite un des postes les plus importants et les plus influents ; elle occupe le troisième rang dans la série des fonctions non remplies par des *clarissimi*, de telle sorte qu'elle ne cède le pas qu'aux préfectures du prétoire et d'Egypte. (Dans la *Notitia dignitatum Occidentis*, Böcking, II, p. 15, le *Præfectus annonæ* est indiqué comme le premier des fonctionnaires subordonnés du *Præfectus urbi*. Il prime en rang le *Præfectus vigilum* qui ne vient que le second. De *Præf. vigilum*, on devient *Præf. annonæ*, Kellermann, *Vigil.*, 6 ; de *Præf. annonæ*, *Præf. Ægypti.*, *id.*, *eod.* ; *C. I. L.*, II, 1970 ; V, 875 = Orelli, 3651 ; VI, 1625 *b* ; *C. I. Gr.*, 5895. Cf. Dio Cass., LXXII, 13 et 14 ; Hirschfeld, *Getr. Verw.*,

à faire passer l'*ærarium publicum* ou *Saturni* (15)* de la direction

---

p. 72 ; de *Præf. annonæ, vice præff. prætorio*, Wilmanns, 1295, ou *Præf. præt.*, Tacit., *Ann.*, XIV, 51 ; un passage de Tacite, *Hist.*, IV, 68, prouve que les deux *Præfecturæ prætorii* et *annonæ* n'étaient pas séparées l'une de l'autre par une grande distance.) De même encore, le *Præf. annonæ*, qui se trouvait à la tête d'un nombreux personnel de commis de bureau (*tabularii*) et d'un vaste *officium* (voy. Beck.-Marq., III, 2, 107; Marquardt, *op. et loc. infr. citt.* ; Preller, *Regionen*, pp. 101 et suiv.), a eu de bonne heure des subordonnés qui avaient même rang de chevaliers. C'est ainsi que, sous Trajan déjà, il a sous ses ordres un *curator*. (Renier, 2715 = Wilmanns, 1252.) Nous avons pareillement signalé, sous les *divi fratres*, un *adjutor Præfecti annonæ* ayant rang de chevalier. (*C. I. L.*, II, 1180.) Au troisième siècle, la position du *subpræfectus annonæ*, mentionné *supra*, est une des positions les plus élevées occupées par des *equites* ; enfin le *procurator* spécial au port d'Ostie a rang de chevalier. (Jusqu'à Claude, c'était un *quæstor* qui était préposé au transport des blés à Ostie. — Voy. Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II[1], p. 558. Cf. *supra*, § 1, note 13. — Mais en l'an 44, cet empereur rendit aux questeurs l'administration de l'*ærarium*, Suet., *Claud.*, 24 ; Dio, LX, 24. Voy. la note 17, *infra*. Ils furent depuis lors remplacés dans les ports du Tibre par un *procurator ad annonam* impérial ; Henzen, n°s 6520, 6521 ; Wilmanns, 1251 ; *Bullett. dell'Inst.*, 1875, p. 5 ; Hirschfeld, *Getr. Verw.*, pp. 56 et suiv., 75 et suiv. Ce *procurator* qui, sans aucun doute, dépendait du *Præf. annonæ* à Rome, et dont la création se rattache à la construction du fameux port d'Ostie par Claude, — Suet., *Claud.*, 20 ; voy. MM. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, p. 276, n° 328, et Duruy, *Hist. des Rom.*, t. 3, pp. 521 *in fine* et suiv., — devint par la suite le *comes Portus*. Voy. la *Notit. dign. Occid.*, II, cap. IV, et les observations de Böcking, pp. 189 et suiv.)

Dans les provinces qui envoyaient des provisions de blé sur le marché de Rome, comme en Espagne, d'après l'inscription de Séville sus-indiquée (*C. I. L.*, II, 1180) et en Afrique (Renier, 2715 = Wilmanns, 1252 ; cf. Hirschfeld, *loc. cit.*, pp. 81 et suiv. ; Henzen, n° 5320), le *Præfectus annonæ*, entre les mains duquel venaient se centraliser les comptes de toutes les parties de l'empire (Senec., *De benef.*, XVIII, 3), avait ses agents. — Notons enfin que ce fonctionnaire ne commandait à aucune troupe, mais qu'on mettait à sa disposition, comme à celle des *procuratores* des provinces, un certain nombre de soldats de la garnison de Rome. Ainsi les inscriptions mentionnent un *Cornicularius Præfecti annonæ* (Orell., n° 3489), un *Cornicularius* du *Procurator annonæ* d'Ostie. (Henzen, n° 6520.) De même, la mention du *Centurio annonæ* (C. ANN.), qu'on relève sur une inscription d'Ostie précitée (*id.*, n° 6523), rentre dans cet ordre d'idées. Mommsen (*Röm. Staatsr.*; II[2], p. 998, note 6) estime que ce dernier fonctionnaire est peut-être celui que la *Notitia dign. Occident.* (cap. IV, et Böcking, II, p. 192) désigne sous le nom de *Centenarius Portus*. Mais, ajoute-t-il, si réellement une cohorte était campée à Ostie d'une façon permanente (Suet., *Claud.*, 25 ; Tacit., *Hist.*, I, 80), il est difficile de lui donner pour chef le *procurator annonæ* de ce port.

Au Bas-Empire, nous retrouvons l'institution de la *Præfectura annonæ* ; elle se divise à Rome entre le *Præfectus annonæ* et ses *apparitores* (Cassiodor., *Var.*, VI, 18 ; Constt. 5 et 7, *De off. Præf. urb.*, C. Th., I, 6 ; *De appar. Præf. ann.*, C. Just., XII, 59), et aussi le *Præf. urbi*. (Constt. citt. C. Th.; Symmach., *Epist.*, X, 26, 38, 55.) A Constantinople, ces fonctions, semble-t-il, n'appartiennent qu'à ce dernier, puisqu'on n'y mentionne jamais de *Præf. annonæ*. (J. Lydus. *De mag.*, III, 38.) Pour assurer la régularité de la perception et du transport du canon *frumentarius* (C. Th., XIV, 15 ; C. Just., XI, 22), que Rome recevait spécialement de l'Afrique (Tacit. *Ann.*, XII, 43 ; Lamprid., *Commod.*, 17 ; Constt. 13, 30 et 34, *De annon.*, C. Th., XI, 1 ;

* Voir note 15, page 280.

du Sénat (16) sous l'autorité plus directe de l'empereur (17).

Const. 3 § 1, *De canon. frument. urb. Rom.*, C. Th., XIV, 15), et Constantinople de l'Egypte depuis la réforme de Constantin (Amm. Marcell., XXVIII, 1, 17 ; Gothof., *Ad Const.* 7, *De navicul.*, C. Th., XIII, 5, et *Ad Const.* 1, *De frum. Alexand.*, C. Th., XIV, 26 ; Edict. Justin., XIII, capp. IV-VIII), il y avait un *Præfectus annonæ Africæ* spécial à Carthage — (Const. 13, *De annon.*, C. Th., XI, 1 ; Const. 8, *De exact.*, C. Th., XI, 7. Cf. *Notitia dign. Occid.*, cap. II, qui fait de ce préfet un subordonné du *Præf. prætorio*), — et un autre à Alexandrie. (C'est à ce *Præf. annonæ Alexandriæ* qu'est adressée la Const. 3, *De susceptor.*, C. Th., XII, 6.)

Consulter sur la *Præfectura annonæ* et sur le *Præf. ann.* : Becker-Marquardt, *op. cit.*, II, 3, 286 ; III, 2, 106-108 ; Walter, *op. cit.*, t. 1, §§ 293 et 381 ; Rein, *Præfectus annonæ*, dans la *Pauly's Real-Encycl.*, VI, 9 ; Hirschfeld, *op. cit.*, dans le *Philologus*, t. XXIX ; Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II[1], pp. 652 et suiv. ; II[2], pp. 992 et suiv., et spécialement 996 et suiv. ; *Les Præfecti frumenti dandi*, dans *Hermes*, IV ; Marquardt, *Röm. Staatsverw.*, II, pp. 126 et suiv. ; Willems, *op. cit.*, pp. 324 et 354 et suiv. ; Serrigny, *op. cit.*, t. 1, pp. 258 et suiv., 286 et suiv. ; Dezobry, *op. cit.*, t. 3, pp. 405 et suiv. ; F. Béchard, *Dr. municip. dans l'antiq.*, pp. 354 et suiv., Paris, 1860 ; G. Humbert, dans le *Dictionn.* de MM. Daremberg et Saglio, v° ANNONA CIVICA. — Voir aussi Dirksen, *Civilistiche Abhandlungen*, Berlin, 1820, I, pp. 174 et suiv. ; Kuhn, *Ueber die Korneinführ. in Rom. im Allterthum.*, dans la *Zeitschr. für die Alterthumswiss.*, 1845, pp. 993 et suiv., et 1073 et suiv. ; Rein, *Largitio*, dans la *Pauly's Real-Encycl.*, t. IV ; E. Nasse, *Meletemata de publica cura annonæ apud Romanos*, Bonn, 1851 ; Naudet, *Des secours publics chez les Romains*, dans les *Mém. de l'Acad. des inscrip.*, Paris, 1838, t. XIII ; Labatut, *De l'alimentation publique chez les Romains*, 2e édit., Paris, 1870 ; G. Humbert, *loc. sup. cit.*, v° ANNONA.

(15) L'*ærarium* se trouvait au temple de Saturne. (Plutarch., *Poplic.*, 12 ; Macrob., *Saturn.*, I, 8 ; Serv., *Ad Æn.*, VIII, 319, etc. — Consulter aussi, sur la situation de ce temple : Becker, I, 312-317 ; E. Bormann, *De quorumdam ædificiorum publicorum urbis Romæ titulis*, dans l'*Ephem. epigr.*, I, 118 ; Dezobry, *op. cit.*, *Description de Rome*, n° 136, t. 1, p. 404.)

(16) L'*ærarium*, confié jusqu'à la fin de la République à la garde des questeurs (Cic., *De leg.*, III, 3, 6 ; *quæstores urbani*, Tit. Liv., IV, 43 ; Revillout, *Les questeurs urbains*, Versailles, 1865), à qui elle fut enlevée sous l'Empire, pour être attribuée aux *Prætores ærarii* (Dio Cass., LIII, 32 ; Tacit., *Hist.*, IV, 9 ; *C. I. L.*, V, 4329 ; comp. la note suivante), était sous la haute administration du Sénat. (*Ærarii dispensatio*, Cic., *In Vatin.*, XV, 36. Cf. LL. 15, fr. Jun. Mauritian., et 42 § 1, fr. Valens, *De jure fisci*, D, XLIX, 14 ; Const. 1, *De compensat.*, C. Just., IV, 31 ; Dio Cass., LIII, 16, 22 ; LXXI, 33 ; Polyb., VI, 13-15, 17 ; Hottenrott, *A qui appartenait dans l'Etat Romain le droit d'imposition et de disposition du Trésor public ?* — en allem., Emmerich, 1862.) Dès la première moitié du troisième siècle, cette surveillance, enlevée au Sénat, est transmise à un *Procurator* (Lamprid., *Diadumen.*, 4), qui avait sous ses ordres les *Præfecti ærario ;* mais jusque-là, le Sénat conserva au moins de nom la disposition de l'*ærarium Saturni* (Suet., *Tib.*, 30 ; Tacit., *Ann.*, II, 37, 38 ; *Hist.*, IV, 91) ; toutefois, elle appartenait de fait à l'empereur. (Dio Cass., LIII, 16, 22 ; LXXI, 33.)

(17) Ce que Dio Cassius, XLIII, 48, rapporte sous l'année 709, ne doit pas être entendu en ce sens, que les *quæstores* n'ont plus eu, à partir de cette année, à s'occuper de l'administration de l'*ærarium*. Si telle est la pensée de Dion, il se trompe ; car la formule employée dans la *lex municipalis*, QUÆSTOR URBANUS QUIVE ÆRARIO PRÆERIT, montre que si, à l'époque de César, on avait bien eu en vue des modifications à cet égard, on n'avait du moins pas encore pris de mesures définitives. Ce ne

Son règne, longue suite de réformes aussi habilement conçues et ménagées, que savamment exécutées, s'écoula tout entier au milieu des souvenirs du passé et des aspirations de l'avenir. Trop sage

---

fut qu'Auguste qui détacha de la questure l'administration du Trésor public, et qui chargea le Sénat de confier cette administration à deux fonctionnaires nommés *Præfecti ærarii Saturni*, et choisis annuellement, non pas dans les comices, mais par les *Patres* eux-mêmes, parmi les anciens préteurs. (Dio Cass., LIII, 2; Tacit., *Ann.*, XIII, 29; Suet., *Aug.*, 36.) En l'an 731, par suite des menées électorales qui résultèrent de ce système, l'*ærarium* fut placé sous les juridictions prétoriennes, de telle sorte qu'à partir de ce moment, on vit fonctionner deux *prætores ærarii* que le sort désignait. (Tacit., *eod.*; Suet., *eod.*; Dio Cass., LIII, 32. Cf. LX, 4, 6 et 10. De même, dans le sénatus-consulte de l'an 743, Frontin., *De aq.*, 100; dans Tacite, *Ann.*, I, 75, et dans les inscriptions de l'époque d'Auguste à celle de Claude — Orell., nos 723, 3128, 6450, 6455, — on mentionne des *Prætores ærarii*, qui portaient aussi le nom de *Prætores ad ærarium*; Orell., no 723.) Cette institution toutefois ne fut pas de longue durée; car, sans parler des trois *curatores tabularum publicarum*, ou *tabulariorum publicorum*, adjoints en l'an 16 par Tibère aux gouverneurs de l'*ærarium*, considérés en leur qualité d'administrateurs des archives publiques (Dio Cass., LVII, 16. Voy. aussi les trois inscriptions de Casinum, Orell., no 3128, de Rome, an 46, *C. I. L.*, VI, 916, et de Suasa, citée *infra*), sans parler non plus d'autres *triumviri*, établis par Claude en l'an 42 (Dio Cass., LX, 10), nous avons vu, note 14 *supra*, p. 279, que cet empereur rendit aux questeurs, en l'année 44, l'administration de l'*ærarium*, poussé qu'il y fut, d'après Tacite (*Ann.*, XIII, 29), par l'aveuglement du sort, dont le choix portait sur des incapables; aussi bien, les nouveaux questeurs devaient-ils être désignés par l'empereur; de plus, ils étaient nommés pour trois ans et portaient le titre, non plus de *quæstores urbani*, mais bien de *quæstores ærarii Saturni*. (Tacit., *eod.*; Dio Cass., LX, 4, 10, 24; Suet., *Claud.*, 24; Henzen, no 6456, avec les restitutions de Borghesi, corrigées en certains points par Mommsen, *Röm. Stuatsr.*, II[1], p. 545, note 5; inscr. de Suasa, dans Bormann, *Ungedruckte lat. Inschriften* [*Programm des grauen Klosters*, Berlin, 1871], p. 19.) Néron, combinant les institutions d'Auguste et de Claude, confia en l'an 56 l'administration de l'*ærarium* à deux anciens préteurs, sous le titre de *Præfecti ærarii Saturni* (en grec ἔπαρχος αἰραρίου τοῦ Κρόνου, *C. I. Gr.*, 4033 et 4034. Cf. Orell., no 496; on lit dans Plutarque, *Quæst. Rom.*, 43, ἔπαρχος τοῦ ταμιείου), qui devaient être nommés par l'empereur pour trois ans. (Tacit, *Ann.*, XIII, 29.) Ce délai n'était probablement du reste qu'un *minimum* pour le fonctionnaire dont la gestion était satisfaisante. (Mommsen, *eod.*, p. 546, note 2; cf. *Hermes*, III, 90, et *C. I. L.*, VI, 1495 = Fea, *Fasti*, p. XLIV.) Immédiatement après la chute de Néron, en l'an 68, des *Prætores* en activité paraissent avoir été de nouveau nommés. (Tacit., *Hist.*, IV, 9, passage se référant à l'année 69.) Mais cela ne dura pas : car sous Trajan, on retrouve deux *Præfecti* pris parmi les anciens préteurs. (Plin., *Paneg.*, 91 et 92; Suet., *Claud.*, *eod.* — Ils portent le titre de *Præfecti ærarii Saturni* dans les inscriptions.) Là s'arrêtèrent les réformes sur ce point. (Voy. LL. 15 et 42, *De jure fisci*, précitées. Ces deux lois sont postérieures à Trajan. — Dans la seconde moitié du troisième siècle, Vopiscus mentionne encore les *Præfecti ærarii*, *Aurelian.*, 9 *in fine*, 12 et 20.) Il ne faudrait cependant pas croire que les *quæstores urbani* disparurent le jour où ils perdirent leurs anciennes attributions. (Comp. cependant Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 251.) Ce qui prouverait au besoin le contraire, c'est qu'ils se rencontrent en nombre considérable dans les inscriptions, jusqu'au troisième siècle. (Voy. Henzen, *Index*, p. 105. Parmi ces inscriptions, il en est du temps de Marc-Aurèle, nos 5478 et 5479, de Commode, no 5502, de Caracalla, no 6454, et d'Aurélien, à

pour précipiter les évènements, mais aussi assez prudent pour les préparer, l'empereur sut faire de son principat le trait d'union entre la République qui allait s'éteindre en lui, et le régime

---

ce qu'il semble, n° 5954.) Ce qui est certain, c'est qu'outre les divers fonctionnaires qui viennent d'être nommés, des questeurs ou d'anciens questeurs paraissent avoir encore géré certains services dans l'*ærarium* : car les inscriptions mentionnent, sous Hadrien et sous Sévère, des *quæstores* et des *viri quæstorii ab ærario Saturni.* (Gudius, pp. 125, 6, et 131, 3; Gruter, pp. 424, 8; 1026, 9, et 1027, 4.) On en rencontre même encore au quatrième siècle. (Gudius, p. 41, 5.) — Voy. sur ce sujet : Zumpt, *Titulus Conc. Arrii Antonini*, dans les *Comm. epigr.*, II, 55 et suiv.; Walter, *op. cit.*, t. 1, § 330; S. Herrlich, *De ærario et fisco Romanorum*, Berlin, 1872; Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II[1], pp. 531 et suiv., et surtout 544 et suiv.; II[2], pp. 971 *in fine* et suiv.; Borghesi, *Mémoire sur une inscrip. du Cons. Barbuleius*, en italien, *Œuv. compl.*, IV, pp. 147 et suiv., Paris, 1865; Folkert van Heukelom, *De ærario Romano*, Leiden, 1821; Willems, *op. cit.*, pp. 282 et suiv., 316, 318, 369 et suiv.; Dureau de la Malle, *Inscrip. des Thermes de Tarquinies*, dans les *Annali dell'Inst. archeol.*, t. 4, p. 157; Dezobry, *op. cit.*, t. 3, pp. 274 et suiv., et le savant article de M. E. Guillaume, dans le *Dictionn.* de MM. Daremberg et Saglio, v° ÆRARIUM.

Il est à peine besoin de faire observer que, dans la liste chronologique des divers fonctionnaires impériaux institués par Auguste, liste que nous venons d'esquisser à grands traits, nous n'avons cité que les principaux. Indépendamment de toute cette série d'officiers subalternes, qui vinrent successivement remplacer les anciennes magistratures, et centraliser les différentes parcelles de l'autorité dans les mains du souverain, il existe une foule d'autres fonctionnaires spéciaux, à qui fut commis le soin d'administrer en détail ce qui rentrait jadis dans les attributions si multiples des anciens magistrats de la République. Il convient de citer notamment, comme préposés à de nouvelles charges municipales spéciales : les *curatores operum publicorum* (Suet., *Aug.*, 37; Orell., n°s 1506 et 3111); le *curator aquarum* (Suet., *eod.*; Frontin., *De aq.*, 94-130; Cf. Strabo, V, 3, § 8, p. 235 Casaub.; Marini, *Atti e monumenti de' frattelli Arvali*, Rome, 1795, II, pp. 801 et suiv.; Böcking, *Notit. dign. Occid.*, II, 183 *in fine*, sq.); les *curatores alvei Tiberis et riparum et cloacarum urbis* ou *sacræ urbis* (Suet., *eod.*; Dio Cass., LVII, 14; Orell., n°s 2284, 2285, 3042, 4910. Cf. Orell.-Henzen, t. 3, *Index*, p. 108; *C. I. L.*, II, n° 4509; cf. Tacit., *Ann.*, I, 79; Mommsen, *Ad C. I. L.*, I, pp. 177 et suiv. — Voy. sur tout ceci : Becker-Marquardt, *op. cit.*, II, 3, 248 et suiv.; Walter, *op. cit.*, t. 1, § 296; Willems, *op. cit.*, p. 326, et cf. *supra* note 1.) — A Auguste se rattachent encore l'institution de deux *curatores* choisis parmi les *prætorii*, à qui fut confiée l'inspection des voiries suburbaines, à la place des anciens *IIviri* dont il est parlé § 1, note 4 (Dio Cass., LIV, 8; Suet., *Aug.*, 37); la création, sur chacune des grandes routes militaires de l'Italie, d'un *curator* spécial, tiré des hauts rangs de la société romaine (Dio Cass., LIII, 22; Suet., *Oct.*, 30; Plin., *Epist.*, V, 15; Siculus Flaccus, *De condit. agror.*, p. 146; *Fr. Vatic.*, § 136. Ces *curatores* sont aussi fréquemment nommés dans les inscriptions : voy. Orell.-Henzen, t. 3, *Index*, pp. 108 et suiv. Voir encore sur les deux espèces de *curatores* dont nous venons de parler : Walter, *op. et loc. citt.*, § 337, et Borghesi, *op. et loc. sup. citt.*, pp. 129 et suiv.); la division de la ville en 14 *regiones*. (Voy. le *Curiosum Urbis Romæ Regionum quatuordecim cum breviariis suis*, composé sur un document dont la date se place entre la fin du règne de Constantin et l'époque de Théodose II; la *Notit. dignit.*; Becker, I, 71, 709-716; Preller, *Die Regionen der Stadt Rom.*, Iena, 1846.) La surveillance de ces 14 *regiones*, dont chacune fut subdivisée en *vici*, ce qui, malgré l'opinion de Becker, dans son *Handb. der röm. Alterth.*, et de Schwegler,

nouveau, dont il était le premier représentant. Il comprit que trop de promptitude à jouir des différents pouvoirs qui avaient été remis entre ses mains, ne serait propre qu'à compro-

---

dans sa *Röm. Gesch.*, constituait une véritable innovation (Marquardt, IV, 162; Walter, t. 1, p. 47, note 34, et p. 442 texte et note 4), était répartie par le sort entre les édiles, les tribuns et les préteurs. (Suet., *Aug.*, 30; Dio Cass., LV, 8; Orell., n° 736. Voy. sur la *cura urbis:* Becker-Marq., II, 3, 250, 268-271; IV, 162; Walter, t. 1, § 291; Mommsen, *Röm. Staatsr.*, I, 314; II[1], 317, 504, 505; II[2], 1015, note 1; Willems, p. 325; Egger, *Examen des historiens d'Auguste*, 2e appendice, pp. 360 et suiv., Paris, 1844.) Mentionnons encore, indépendamment des importantes réformes opérées dans les matières religieuses et morales (voy. sur ce sujet M. G. Boissier, *La religion romaine d'Auguste aux Antonins*, t. 1, pp. 75 et suiv., Paris, 1874), la création d'un état ou budget fixe des revenus et des dépenses, *rationarium*, *breviarium imperii* (Tacit., *Ann.*, I, 11; Suet., *Aug.*, 28, 101; Dio Cass., LIII, 30; LVI, 33); de l'*ærarium militare* (Suet., *Aug.*, 49; Tacit., *Ann.*, I, 78; Dio Cass., LV, 24, 25, 31, 32; LVI, 28; *Monum. Ancyr.*, c. 17; Becker, *Handb. der röm. Alterth.*, III 3, pp. 226 et suiv.; Walter, *op. cit.*, t. 1, §§ 329, 331, 334; O. Hirschfeld, *Von dem Ærarium milit.*, Leip., 1862, et dans les *Neue Iahrb. f. Philol. und Pædag.*, t. 98, n° 10, 1re div., Leip., 1868; G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, v° ÆRARIUM MILITARE); du *fiscus* (Senec., *De benef.*, VII, 6; L. 2 § 4, fr. Ulp., *Ne quid in loc. publ.*, D., XLIII, 8; voy. aussi Dio Cass., LII, 25; LIII, 15, 16, 22; LXIX, 8; LXXI, 32; Tacit., *Ann.*, II, 47; VI, 2; Frontin., *De aq.*, 118; Plin., *Paneg.*, 36, 42; Spartian., *Hadrian.*, 7; cf. Vulcat. Gallic., *Avid. Cass.*, 7; Lamprid., *Diadum.*, 4; joindre sur la signification du mot *fiscus:* P. Barral et A. Rich, *opp. citt.*, v° FISCUS; H. de Longpérier, *Recherches sur les récipients monétaires*, dans la *Revue archéol.*, nouv. série, t. 18, pp. 160 et suiv., Paris, 1868); de l'administration des postes impériales, *cursus publicus* (Suet., *Aug.*, 49), qu'Hadrien établit sur de nouvelles bases (Spartian., *Hadrian.*, 7. — Le *cursus publicus* fait l'objet du tit. 5 lib. VIII au Code Théodosien, et du tit. 51 lib. XII au Code de Justinien. Comp. *supra*, note 6, et *infra*, § 4, notes 21 et 54. — Godefroy traite ce sujet à fond, dans le *Paratitlon* du titre *De cursu publico* au C. Th. et dans son commentaire de la constit. 1 de ce titre; éd. Ritter, t. 2, fos. 522 et suiv.; voy. aussi Procop., *Hist. arcan.*, cap. 30. Consulter sur cette matière : Gutherius, *De officiis domus Augustæ*, Lips., 1672, in-8, lib. III, cc. 14 et suiv.; Bergier, *De publicis et militaribus imperii Romani viis*, dans le *Thes. antiq. Rom.* de Grævius, vol. X; *Hist. des grands chemins de l'empire romain*, Bruxelles, 1736, 2 vol. in-4, lib. IV, cap. 4; Colleschi, *Diss. sulle poste degli antichi*, 1746; Rüdiger, *De cursu publico imperii Romani*, Breslau, 1846, in-4; Teuffel, dans la *Pauly's Real-Encycl.*, V, pp. 1944-1948; Henzen, *Annali*, 1857, pp. 94 et suiv.; A. Flegler, *Zur Gesch. der Posten*, Nürnberg, 1858, in-8; Walter, *op. cit.*, t. 1, § 362, p. 538; Hudemann, *Gesch. des Postwesens der röm. Kaiserzeit*, Kiel, 1866, in-4; H. Stephan, *Das Verkehrsleben im Alterthum*, dans *Raumers Hist. Taschenbuch*, 1868, pp. 83 et suiv.; Stobbe, *Pour servir à la chronologie des lettres de Pline*, dans le *Philologus*, XXX, 378 et suiv.; Mommsen, *Handb.*, II[2], pp. 987 et suiv.; Marquardt, *Röm. Staatsverw.*, I, 417 et suiv.; Hirschfeld, *Verw. Gesch.*, pp. 98 et suiv.; Willems, *op. cit.*, p. 353; Le Quien de la Neufville, *De l'origine des postes chez les anciens et les modernes*, Paris, 1708 et 1730, in-12; Naudet, *De l'administration des postes chez les Romains*, dans les *Mémoires de l'Inst.*, Acad. des inscr. et bell.-lett., t. XXIII, 2e partie, pp. 166-240, Paris, 1858; Serrigny, *op. cit.*, t. 2, pp. 259 et suiv.; Dezobry, *op. cit.*, t. 3, pp. 141 et 391.) — Enfin, au milieu des nombreuses réformes judiciaires opérées par Auguste, il ne faut pas

mettre le trône de ses successeurs, et il préféra faire de son règne une époque de transition douce et paisible et rester le premier citoyen de la République (18), au périlleux honneur et au dangereux plaisir d'user en César des prérogatives sans nombre dont un peuple devenu servile l'avait accablé (19). Aussi bien

---

oublier la création d'une quatrième décurie de *selecti judices* (Aul. Gell., XIV, 2), qu'il ajouta aux trois seules *decuriæ* figurant auparavant sur l'*album*. (Suet., *Aug.*, 32.) On sait que, plus tard, Caligula en ajouta une cinquième (Suet., *Calig.*, 16), et il paraît que ce fut la dernière. (Suet., *Galb.*, 16.)

Il convient de remarquer ici que cette réorganisation des pouvoirs publics créa dès lors deux sortes d'autorités dans l'Etat : celle des magistrats du peuple, et celle des agents du prince, d'autant plus dévoués à sa personne, qu'il prit de très-bonne heure la coutume de rémunérer leurs services au moyen d'un traitement fixe (*salarium*, Tacit., *Agric.*, 42; voy. aussi pour les fonctionn. provinciaux, Dio Cass., LII, 23 et 25; LIII, 15), et dont les attributions s'accrurent avec une facilité d'autant plus grande, que leurs fonctions, participant de la toute-puissante souveraineté de l'empereur, étaient permanentes, en ce sens qu'elles n'avaient d'autre terme légal que celui qu'il plaisait au souverain de leur assigner. — Tout cela était le contre-pied des anciennes règles constitutionnelles, d'après lesquelles les magistratures, dont l'exercice expirait toujours à brève échéance, d'une part n'étaient point rémunérées, et se voyaient, d'autre part, réduites à une puissance beaucoup plus nominale qu'effective. (Consulter sur les créations d'Auguste : MM. Dezobry, *op. cit.*, *passim ;* V. Duruy, *Hist. des Rom.*, t. 3, pp. 172 et suiv., et le baron Desazars, *op. cit.*, *Rev. gén. du dr.*, 1878, pp. 589 et suiv. — Comp. § 4, note 16.)

(18) Auguste respecta, en effet, tout en les sapant par leur fondement, les institutions républicaines dans les formes extérieures. (Voy. Montesquieu, *Considérat. sur les causes de la grandeur des Romains*, chap. XIII; H. Passy, *Des formes du gouvern. de l'empire rom.*, dans le compte-rendu des séances de l'Acad. des sciences morales et politiq., t. 94, 39-61, Paris, 1870; Willems, *op. cit.*, pp. 310 *in fine* et suiv.; Faure, *op. cit.*, p. 110; Duruy, *loc. cit.* à la note suivante, ainsi que les auteurs cités *in fine* de cette note. Voy. aussi M. le Cte Franz de Champagny, *Les Césars*, 3e éd., Paris, 1859.)

(19) Depuis l'an 29 av. J.-C., il avait reçu l'*Imperium* militaire suprême, avec le *prænomen* d'*Imperator* (Dio Cass., LII, 41; Suet., *Cæs.*, 76), titre qui, pendant longtemps, avait été purement honorifique, que Jules César se fit attribuer par le Sénat, et dont il forma le signe du commandement supérieur de toutes les forces militaires de l'Etat (Dio Cass., XLIII, 44), et qu'Octave ne manqua pas de réclamer, comme héritier de Jules César (*id.*, XLVI, 47). Le Sénat et le peuple lui conférèrent ensuite successivement :

1° En l'an 28 av. J.-C., le titre de *princeps senatus* (Dio Cass., LIII, 1; Tacit., *Ann.*, I, 1);

2° En l'an 27, sur la proposition de Munatius Plancus, le titre d'*Augustus* (en grec Σεβαστὸς), jusque-là réservé aux dieux (Suet., *Aug.*, 7; *Tiber.*, 26; Vell. Paterc., II, 91; Dio Cass., LIII, 16, 17; Censorinus, *De die natali*, 21), ce qui fit que le prince fut dès lors considéré comme *sanctus, sacrosanctus* (voy. Ovid., *Fast.*, I, 608 et suiv.), et comme ayant droit aux adorations. (Flor., IV, 12 *in fine ;* Veget., II, 5. — Comp. *infra*, § 4, note 17.) — Consulter sur ce titre : Eckhel, *Doct. num.*, Vienne, 1792-1826, VI, p. 88; VIII, pp. 354 et suiv.; Becker-Marquardt, *Handb. der römisch. Alterth.*, II, 3, pp. 302 et suiv.; Pauly, *Real-Encycl.*, I, p. 2147 (2e éd.); Walter, *op. cit.*, t. I, p. 418, § 272, texte et note 37; Preller, *Röm. Mythologie*, 2e éd., Berlin, 1865, pp. 773 et suiv.; Fincke, *De appellationibus Cæsarum honorificis*, Königsb.,

laissa-t-il à ses sujets le droit de nommer aux fonctions publi-

---

1867; Mommsen, *Röm. Staatsr.*, II, 2, première table, v° AUGUSTUS, p. 1115, *col. sin.*; G. Boissier, *op. cit.*, t. 1, pp. 81 et suiv.; G. Humbert, dans le *Dictionn.* de MM. Daremberg et Saglio, v°. AUGUSTUS;

3° En l'an 23, l'*Imperium proconsulare* sur toutes les provinces, pouvoir qui lui fut conféré à vie et sans suspension, même *intra Pomœrium* (Dio Cass., LIII, 17, 32), et la *tribunitia potestas*, sans limite de temps ni de lieu, avec toutes les prérogatives qui y étaient attachées (voy. Dio Cass., LI, 19; LIII, 17 et 32; Suet., *Aug.*, 27; Appian., *De bell. civ.*, V, 132; cf. Tacit., *Ann.*, III, 56), sauf toutefois qu'il ne portait pas, à raison de sa qualité de patricien, le titre de *tribunus* (Dio Cass., LIII, 17); au reste, même avant l'an 23, certains droits tribuniciens lui avaient déjà été accordés (voy. Mommsen, *Res gestæ divi Augusti*, p. 28; A. W. Zumpt, *Stud. rom.*, pp. 248-266, et spécialement 255-262; *junge*: id., *De l'origine du pouvoir tribun. des Emp.*, dans les *Mém. du congrès des philol.*, p. 102, Vienne, 1859);

4° En l'an 19, la *potestas censoria*, sous le nom de *Præfectura* ou *cura morum* (Dio Cass., LIV, 10; Suet., *Aug.*, 27), avec les droits qui en découlaient. (Dio Cass., LIII, 17; Plin., *Paneg.*, 45; Treb., Poll., *Valerian.*, 2.) Auguste, à qui le *cognomen* de César appartenait en sa qualité de fils adoptif de Jules César (Dio Cass., XLVI, 47), bien que n'ayant pas été honoré du titre de censeur, n'en fit pas moins trois recensements pendant son règne (*Monum. Ancyr.*, c. 8; Dio Cass., LIII, 1; LIV, 35; LV, 13), le premier et le troisième, en s'adjoignant un collègue, le second seul.(Suet., *Aug.*, 27 *in fine*.) Après lui, la censure finit par devenir le privilège exclusif de l'empereur, en ce sens du moins que celui-ci se faisait revêtir de cette puissance qu'il partageait avec un collègue. (Le premier exemple de ce fait nous est fourni par Claude et Vitellius, Suet., *Claud.*, 16; Tacit., *Ann.*, XI, 25; XII, 4; il fut reproduit par Vespasien et Titus, ainsi que par d'autres encore; Suet., *Vespas.*, 8; *Tit.*, 6; Dio Cass., LIII, 18; voy. aussi De Boor, *Fasti cens.*, 32, 97-100; de là le titre de *censor* que l'on rencontre dans les inscriptions et sur les médailles de ces empereurs. La *potestas censoria* fut même décernée à vie à Domitien qui s'intitula *censor perpetuus*; Dio Cass., LIII, 18; LXVII, 4; Orelli, n°s 766 et 768. Cet usage disparut au troisième siècle; cependant les empereurs n'en continuèrent pas moins, lorsqu'ils exercèrent la *potestas censoria*, de porter toujours le titre de *censor*. Dio Cass., LIII, 18. — Voy. Walter, *op. cit.*, § 282, t. 1, p. 434, et Willems, *op. cit.*, pp. 316 *in fine* et suiv.);

5° En l'an 12, la dignité de *Pontifex maximus* (Ovid., *Fast.*, III, 420; Merkel, Préf. à l'éd. des *Fasti* d'Ovide, p. XLI; Dio Cass., LIV, 27; cf. LIII, 17; *Fast. Prænest.*, *ad 6 Martii*, *C. I. L.*, I, p. 314, et Mommsen, *ad. h. l.*, *ib.*, p. 387; joindre: de la Bastie, *Du souverain pontificat des empereurs romains*, dans les *Mém. de l'Acad.*, XII, pp. 355-427, et XV, pp. 38-144; Bouché-Leclercq, *Les pontifes de l'ancienne Rome*, 342-403; G. Boissier, *op. cit.*. t. 1, pp. 103 et suiv.);

6° En l'an 2 enfin av. J.-C., le titre de *Pater patriæ*. (Dio Cass., LIII, 50; Suet., *Aug.*, 58; Noris, *Cenotaph. Pis.*, II, 8.)

Si l'on ajoute à cette liste qu'Auguste géra plusieurs fois le consulat — (*Monum. Ancyr.*, c. 8; il en fut de même des empereurs qui lui succédèrent; Dio Cass., LIII, 17; *C. I. L.*, II, 2062; voy. sur ce point Aschbach, *Les consulats des empereurs Auguste et Tibère*, etc., dans les *Bulletins de l'Académie de Vienne*, 1861, t. 35, p. 306, et *Les consulats des empereurs romains depuis Caligula jusqu'à Hadrien*, *eod.*, t. 36, p. 247), — et qu'il fut investi du pouvoir législatif, en ce sens que les *edicta* de l'empereur sont assimilés aux *leges* (Dio Cass., LIV, 10), on aura, en raccourci, un tableau des immenses pouvoirs qui appartenaient à Auguste, et qui devaient pour toujours mettre le monde romain en sa tutelle. (Voy. sur tout ceci: la savante étude

ques (20), et c'est même pour maintenir ce droit dans toute son intégrité, que nous avons vu § 1, note 22, rendre, sous son règne, la dernière des lois *de ambitu* (21).

---

de M. le baron Desazars, proc. de la Rép. à Albi, *De la séparat. des pouv. admin. et judic.*, dans la *Revue générale du droit*, 1878, pp. 581 et suiv. ; Willems, *op. cit.*, pp. 304 et suiv. ; Duruy, *Hist. des Rom.*, t. 3, pp. 143 et suiv ; voir aussi Eckhel, *Doctrina numorum*, Vienne, 1792-1798, t. 8, pp. 336 et suiv. ; Hanow, *De Augusti principatu*, Sorau, 1837 ; Ad. Schmidt, *La transformation de la République romaine en monarchie*, dans la *Zeitschr. f. d. Geschichtsw.*, 1848, t. 9, p. 326; Rein, *Princeps*, dans la *Pauly's Real-Encycl.*, VI, p. 47 ; Mommsen, *Res gestæ divi Augusti* ou *Monumentum Ancyranum*. Ce travail, publié d'abord à Berlin en 1865, a été réédité dans le *C. I. L.*, III, pp. 788 et suiv.)

(20) Il rentrait, en effet, dans la politique d'Auguste, de maintenir les réunions du peuple dans les comices par centuries ou par tribus, et de laisser à ces comices le droit de nommer les magistrats. Il allait même jusqu'à voter dans sa tribu, comme un simple citoyen. (Voy. Puchta, I, p. 215, et le texte de Suétone cité par cet auteur.) Mais, si l'on n'a pas oublié que César avait inventé le système des candidatures officielles (Suet., *Cæs.*, 41) et qu'Auguste le lui emprunta (Comp. Puchta, I, pp. 215-216), si l'on songe en outre que, grâce à son incontestable talent de diriger les suffrages, l'empereur réussissait presque toujours à faire passer ses candidats (Dio Cass., LVIII, 20), on reconnaîtra sans difficulté, que l'apparente générosité du prince était pour lui plus intéressée que gênante. (Comp. MM. Faure, *op. cit.*, p. 110, et Accarias, *op. cit.*, 3e éd., t. 1, p. 43, note 2.) — Au reste, l'empereur, exerçant, sous le nom de *Præfectus moribus*, les anciennes fonctions des censeurs (voy. la note précédente, 4e), avait le pouvoir de composer le Sénat à son gré. (*Lectio Senatus.*) Il trouvait par là le moyen facile de substituer sa volonté à celle du peuple, en l'imposant à ce corps dégénéré de serviteurs obligés, comme aussi d'éviter le double péril de l'indocilité et de la turbulence des comices (Comp. M. Accarias, t. 1, pp. 42 et suiv.) Il n'y avait plus, pour agir en toute franchise, qu'à supprimer l'intervention même du Sénat, qui n'apparaissait que comme un palliatif de politesse sans conséquence et d'hypocrite courtoisie. Laissant de côté les égards du passé pour un peuple rendu muet, les empereurs prirent à Rome, au commencement du troisième siècle, le parti de nommer les magistrats et de les investir directement de leurs fonctions. Ulpien et Modestin le constatent. (L. 57, *De re judic.*, D., XLII, 1, et L. unic. pr., *De leg. Jul. amb.*, D., XLVIII, 14.) Point n'est besoin d'ajouter qu'il en fut *a fortiori* de même sous le Bas-Empire. (Const. 6, *Ad leg. Jul. repet.*, C. Just., IX, 27. — Voy. MM. Bonjean, *Traité des actions*, 2e éd., t. 1, pp. 273 et suiv. ; Faure, *op. cit.*, p. 111.)

(21) Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. 1, n° 26. — Le mot brigue, que nous avons toujours employé, est le seul possible, à nos yeux, pour traduire le terme latin *ambitus*. — Il faudrait se garder avec soin de se laisser égarer par l'apparente analogie de ce vocable avec notre expression *ambition* : cette analogie est d'autant plus trompeuse, que parfois elle pourrait conduire à un sens exact et à une traduction vraie. Ce qui fortifie notre assertion, c'est que le mot *ambitio* figurait également dans le vocabulaire des Romains : or, dans les auteurs de la bonne latinité, il s'employait pour les candidats qui n'usaient, dans leurs poursuites, que de voies honnêtes. Cicéron notamment s'en sert très-ordinairement (voy. toutefois *Pro Sulla*, 1 *in initio*, où il le prend *pro ambitu*, ainsi que *Philipp.*, XI, 8 ; — cf. Tit. Liv., IV, 25, et VII, 15 *in fine* ; Sallust., *Jug.*, 45, et sur ce passage *Bibl. lat.-fr.* de Panck., t. 119, note 75 ; Claudian., *In Rufin.*, I, 178), Cicéron, disons-nous, s'en sert très-habituellement dans le sens de « *Petitio honorum honesta* », suivant le langage d'Ernesti. (Voy. *De*

Tibère ne devait point avoir les mêmes scrupules que son père

---

orat., I, 1 ; *Pro Sulla*, 4 ; *Pro Planc.*, 18 ; cf. 20 *in fine*, 22 ; *Ad div.*, VII, 1 ; *Ad Att.*, I, 1 et 17 ; cf. A. Ernesti, *Index latinitatis philologico criticus in opera Ciceronis*, v° AMBITIO.) La justesse de notre observation ressort de ce fait, que Cicéron emploie les mots *ambire* (*De republ.*, I, 31, 47 ; *Pro Planc.*, 4, 9) et *ambitio* (ex gr. *Pro Planc.*, 18, 45 : « *Ambitionis nostræ tempore* », tandis qu'immédiatement avant, il est parlé des *leges de ambitu*) sans y attacher l'idée soit d'un blâme, soit d'expressions qui respirent la faute, et par conséquent sonnent mal. Cette antithèse entre les mots *ambitus* et *ambitio* est pareillement très-sensible dans le n° 27 du *Pro Murena* où, après avoir dit qu'il allait s'occuper des accusations de brigue, *ambitus crimina*, dirigées contre son ami, Cicéron ajoute que les malheurs des autres, ses propres inquiétudes et ses peines continuelles lui ont souvent fait juger qu'il n'y a de bonheur que pour ceux qui, exempts d'ambition, *remoti a studiis ambitionis*, s'abandonnent au cours d'une vie paisible. — C'est pourquoi nous pensons que M. Willems (*op. cit.*, p. 234) a tort de prendre les mots *ambitus* et *ambitio* comme synonymes. (Comp. cependant la note 3, *eod.*) — Au contraire, le substantif *ambitus* s'applique à ceux qui ont recours à des voies illicites (Cic., *Brut.*, 30) ; et il est, à cet égard, permis de penser avec Mommsen (*Röm. Staatsr.*, t. 1, p. 481, note 2) que la locution *quæstio ambitus* contribua à faire attacher de bonne heure à notre terme la signification d'une brigue coupable. Cette interprétation, outre qu'elle concorde absolument avec la définition d'*ambitus* donnée par Festus (« ... *Eodem vocabulo crimen avaritiæ vel affectati honoris appellatur* » ; *Ep.*, p. 5 ; éd. Panck., I, t. 194, p. 11, v° AMBITUS), se trouve en complète harmonie avec celle d'Ernesti (*op. cit.*, v° AMBITUS) : « *Ambitus. crimen quod admittitur* », dit-il, « *cum minime legitimis modis magistratus impetrare studemus, h. e. iis, quos leges de ambitu prohibent.* » (Cf. aussi Roszfeld, *Antiq. rom. corp.*, pp. 497 et 685, éd. Amsterdam, et Gothof., *Comment. in Cod. Theod.*, éd. Ritter, t. 3, foll. 223 sq., et t. 5, f°. 435 *a.*) — Consulter sur ce point: M. Desobry, *op. cit.*, t. 2, p. 477 *in fine*, note sur la p. 229, et surtout Forcellini et Robert Estienne, V^is *Ambire*, *Ambitio* et *Ambitus*.

Il ne faudrait cependant pas conclure des observations qui précèdent, que l'on ne rencontre jamais, soit dans les auteurs, soit dans les textes juridiques, le mot *ambitio* employé dans le sens de *brigue*. (Ex. gr. : Plin., *Epist.*, III, 9 ; Suet., *Cæs.*, 28 *in fine* ; Const. 1, *Ad leg. Jul. de amb.*, C. Th., IX, 26 ; *junge* Const. 6, *Ad leg. Jul. repet.*, C. Just., IX, 27 ; Gothof., *In Cod. Theod.*, éd. Ritter, t. 2, f°. 272, *notæ (c)*, et t. 3, f° 223, *notæ (d)*.) Cela n'étonnera que médiocrement, si l'on se reporte au sens technique originaire du mot *ambitio* qui, comme le dit Festus, n'est que l'action d'*ambire*. (Voy. *infra*). — Nous ajouterons que parfois on pourrait très-exactement traduire *ambitus* par notre mot *intrigue* (ex. gr. Tacit., *Ann.*, XIII, 29), de même aussi que le mot *ambitio*. (Const. 6, *Ad leg. Jul. repet.*, C. Just.)

En ce qui concerne maintenant l'origine et l'étymologie du mot *ambitus*, que nous envisageons ici comme désignant l'ensemble des manœuvres électorales illégales (voy. Walter, *op. cit.*, § 777 *in initio*, t. 2, p. 441), elles se trouvent dans l'antique usage suivi par les candidats, de se promener au Forum et au Champ de Mars, d'en faire le tour (*ambire*), dans le but de solliciter les suffrages des électeurs. (« ... *quum omnium candidatorum more circum Forum supplex populo ire cogeretur...* » Val. Max., IV, 5, 4.) C'est ce que nous révèlent les deux passages suivants de Varron et de Pomp. Festus : « *Qui populum candidatus circum it*, AMBIT, *et qui aliter atque decet ambit ex* AMBITU *causam dicit* » (Varr., *De ling. lat.*, v, 28) ; « ... AMBITUS *dici cœptus est a circumeundo et supplicando.* » (Festus, *Ep.*, p. 16 ; éd. Panck., t. 194, p. 30.) « *Ambitio est ipsa actio ambientis* », ajoute Festus. (*Eod.* — Cf. § 1, note 19. — Voy.,

adoptif (22); à peine parvenu à l'empire (23), jugeant les fruits assez mûrs pour les récolter, il supprima franchement les comices (24), transporta au Sénat le droit de nomination (25)*, et se

---

sur le sens propre du mot *ambitus:* Festus, éd. Panck., lib. I, pp. 11 et 30, *hoc verbo;* Cicer., *Ad. Quint. fr.*, II, 3; *De orat.*, III, 48; *Brut.*, 44; Varr., *De ling. lat.*, V, 22; VII, 15, Müller; Serv., *Ad Æn.*, II, 469; Tacit., *Ann.*, XV, 43; Tit. Liv., XXVII, 8; Isid., *Orig.*, XV, 16, 12; Rosin., *Antiquit. roman. corpus*, p. 585, éd. Amsterdam; Gothof., *Comment. in tit.* 24 (?) *De ædific. privator.*, C. Th., IV, éd. Ritter, t. 1, f° 462, *col. sin.*; P. Barral, *op. cit., verbis* AMBIRE et AMBITUS; E. Humbert, dans le *Dict.* de Daremberg et Saglio, v° AMBITUS, I; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, 3e éd., p. 66; Ortolan, *Hist. de la lég. rom.*, 10e éd., p. 112, table VII, I et note 5; Dirksen, *Uebersicht des Textes XII Tabul.*, ad. tab. VII; *Id.*, *Manuale latinitatis fontium juris*, Berlin, 1827, *hoc v°*; Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 698, texte et note 15, et p. 825, note 2. Voir aussi les auteurs cités *supra.*) — De là, par dérivation, le mot *ambire*, qui parfois veut dire *demander*, dans le sens de *chercher*, *d'intriguer* pour obtenir (Suet., *Cæs.*, 18), signifia aussi *briguer.* (« *Invitos, non* AMBIENTES *in rempublicam collocandos* », disait Alexandre Sévère; Lamprid., *Alex. Sev.*, 19; cf. 28, et Constt. 1. et 2, *Ad leg. Jul. de amb.*, C. Th., et Comment. Gothof., *Ad Const.* 1, éd. Ritter, t. 3, f° 223; Const. 16, *Si certum petatur*, C. Just., IV, 2.)

Quant à notre terme *ambition*, on ne peut affirmer, au moins sans exagération, ainsi que le fait l'auteur précité de *La corrupt. élect. chez les Rom.* (p. 105), qu'il procède exclusivement du mot *ambitus*, par cette seule raison que l'ambition est chose parfois très-louable. — Ajoutons enfin qu'il est même certains passages d'auteurs latins, où notre mot *ambition*, pris en bonne ou en mauvaise part, correspond absolument au terme *ambitio.* (Voy. Ovid., *Trist.*, lib. IV, eleg. x, v. 38; Suet., *Aug.*, 42 *in fine*, et Lamprid., *Alex. Sev.*, 28.) Comp. aussi l'adjectif *ambitiosus* — (Val. Max., VII, 5 *in init.*; Tacit., *Hist.*, I, 12; Cic., *Ad. Att.*, I, 18; *Pro Muren.*, 9 [voy. sur ce dernier passage, *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 19, p. 392, note 35]; *De leg.*, III, 17; Senec., *Consol. ad Helv.*, 17 *in init.*), — épithète qui revêt parfois le sens tout particulier de chose obtenue par faveur (voy. Gothof., *Ad Const.* 2, *Quid prob. deb.*, C. Th., VII, 2, éd. Ritter, t. 2, fol. 289, col. rect.); l'abverbe *ambitiose* (Plin., *Epist.*, VI, 29), et le substantif *ambitor.* (Lamprid., *ubi supra.*) — Comp. sur le mot *ambition* Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. I, n° 9.

(22) « *Tertium nepotem, Agrippam, simulque privignum, Tiberium, adoptavit in Foro lege curiata.* » (Suet., *Aug.*, 65.) Ces derniers mots contiennent le témoignage nouveau du respect, par Auguste, des anciennes formes républicaines. — Tibère fut adopté par Auguste en l'an 757 de Rome, ou 4 de notre ère, après la mort de L. et de C. Cæsar. (Suet., *Tib.*, 15, Roth.) L. Cæsar mourut en 755 = 2 ap. J.-C., et C. Cæsar en 757 = 4 ap. J.-C. (Voy. Mommsen, *Res gestæ divi Augusti*, p. 143.) Auguste était alors dans sa 26e puissance tribunicienne, puisque la première date du milieu de l'année 731 = 23 av. J.-C. (Mommsen, *op. cit.*, pp. 141 et 28. — Comp. Beaudouin, *Le majus et le minus Latium; Nouvel. rev. hist.*, 1879, p. 139, texte et notes 3 et 4.)

(23) La première année de son principat, l'an 767 U. C. = 14 de notre ère.

(24) Dès Auguste, les comices avaient perdu pour toujours leur compétence judiciaire. (Dio Cass., LVI, 40.) Quant à leur pouvoir législatif, très-amoindri déjà depuis que les édits de l'empereur et les décrets du Sénat furent assimilés aux lois, mais non pas entièrement effacé, puisque durant le règne d'Auguste des *rogationes* législatives, approuvées d'avance par le Sénat, furent encore soumises aux comices par tribus (Senec., *De benef.*, VI, 32; cf. Dio Cass., LIII, 21), il ne survécut pas en fait

* Voir note 25, page 289.

réserva celui de présenter les candidats et de conférer toutes les

---

au premier siècle de l'empire. (Voy. Tacit., *Ann.*, IV, 16 ; XI, 13 ; *junge* la *lex de imp. Vespas.* [Nous possédons encore des fragments de cette *lex de imperio Vespasiani*, qui se dit une *lex rogata* et date de l'an 70 ap. J.-C. Voy. Haubold, *Monum. leg.*, pp. 222 et suiv. ; Göttling, 15 *Docum. rom.*, p. 20, Halle, 1845 ; Giraud, *Juris rom. antiq. vestigia*, pp. 169 et suiv. ; *Nov. Enchir.*, pp. 627 et suiv. ; cf. Rein, *Lex regia*, dans la *Pauly's Real-Encycl.*, t. IV, 995] ; Walter, *op. cit.*, § 438, note 8, t. 2, p. 24 ; Mommsen, *Stadtrechte von Salpensa*, pp. 391 et suiv. — Consulter au surplus, en ce qui concerce les comices à partir d'Auguste : Beck-Marquardt, II, 3, 199-210 ; Lange, II, 670-682 ; Walter, § 274, t. 1, pp. 421 et suiv. ; Schmidt, *De la décadence des droits du peuple à Rome*, dans la *Zeitschr. f. d. Geschichtw.*, 1844, t. 1, p. 37 ; Willems, *op. cit.*, pp. 311 et suiv. ; baron Desazars, *op. et loc. citt.*, pp. 585 et suiv.) — Mais il serait assurément erroné de conclure du passage de Tacite (*Ann.*, I, 15), cité à la note suivante, à la suppression du pouvoir législatif des comices. En droit, l'autorité des comices ne fut jamais supprimée législativement, et c'est pourquoi Gaius, I, 3, parle de la *lex* et du *plebiscitum* comme de deux sources encore vivantes de son temps. (Comp. Walter, t. 1, p. 422, texte et note 75, et M. Accarias, *op. cit.*, 3e éd., t. 1, p. 42, note 3.)

(25) « *Tum primum e Campo comitia ad Patres translata sunt ; nam ad eam diem, etsi potissima arbitrio principis, quædam tamen studiis tribuum fiebant. Neque populus ademptum jus questus est, nisi inani rumore ; et Senatus, largitionibus ac precibus sordidis exsolutus, libens tenuit, moderante Tiberio, ne plures quam quatuor candidatos commendaret, sine repulsa et ambitu designandos.* » (Tacit., *Ann.*, I, 15.) Comp. sur ce point, Montesquieu, *Considér. sur les causes de la grandeur des Rom. et de leur décad.*, chap. XIV ; Walter, *op. cit.*, § 274, t. 1, pp. 421 et suiv. ; M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, p. 43, note 2.

On a contesté la portée de la fameuse phrase de Tacite « *Tum primum e Campo comitia ad Patres translata sunt* », et on a été jusqu'à soutenir que non-seulement à Rome les comices n'avaient pas cessé complètement, depuis Tibère, de procéder à l'élection des magistrats, mais encore, qu'en admettant même que c'est à cette élection que fait allusion l'illustre historien, malgré la prétendue controverse qui existe, paraît-il, sur ce point, et que nous avouons ne pas comprendre, le droit de nomination a été exercé par le peuple notamment sous Vitellius et sous Trajan. (Voy. M. Bonnier, dans la 10e éd. de l'*Hist. de la législ. rom.*, par M. Ortolan, p. 696.) Cette opinion procède d'une confusion évidente entre le rôle législatif (voy. la note précédente) et le rôle électoral des comices, d'une part, et d'autre part, en se plaçant au seul point de vue de leur pouvoir électoral, entre la vie politique romaine et la vie publique des provinces. Que si, dans ces dernières, les suffrages populaires subsistèrent longtemps après la confiscation du droit électoral à Rome (voy. la note suivante), il est indubitable que celui-ci perdit toute signification pratique et disparut subitement et d'une façon complète et absolue, à la suite de la réforme de Tibère, cela toutefois sous le bénéfice de l'observation faite en la note suivante. Et dans le cas où le texte si net et si précis de Tacite prêterait à une autre interprétation, que nous ne sommes pas parvenu à découvrir, puisqu'il parle, on peut le dire, *in rem* (c'est-à-dire *generaliter*, L. 7 § 8, fr. Ulp., *De pactis*, D., II, 14), encore faudrait-il rendre raison d'un passage de Suétone, relatif à Rome et à Rome seule, dans lequel ce biographe affirme que Caligula songea à ressusciter l'existence comitiale dont Tacite a dressé l'acte de décès. (Voy. ce passage *infra*, note 32 *in init.*, p. 298.) Il eût assurément été difficile au successeur immédiat de Tibère de faire revivre un droit qui, d'après la doctrine que nous écartons, n'aurait disparu que sous le second des Antonins. — Que maintenant

charges (26). Quelque radical que fût ce procédé et quelque grosse

---

Tacite se réfère bien au pouvoir électoral des comices, et non à leur compétence judiciaire, ou à leur pouvoir législatif, c'est ce que la suite du texte, que nous avons à dessein donné en entier, prouve d'une manière évidente. (Comp. sur la portée de ce texte, Walter, *op. cit.*, § 438, note 8, t. 2, p. 24. — Voy. aussi en notre sens : Loyseau, *op. cit.*, liv. III, ch. 1, nos 27 et 45 ; Montesquieu, *Consid. sur les causes de la gr.*, etc., ch. XIV, éd. 1758, p. 447 ; F. Béchard, *Droit municip. dans l'antiq.*, p. 192 ; Naudet, *De la noblesse et des récompenses d'honneur chez les Romains*, p. 66, note 1 ; Willems, *op. cit.*, pp. 307 *in fine* et 311 ; Serrigny, *op. cit.*, t. 1, p. 37, no 19 ; E. Duval, *op. cit.*, p. 15.)

(26) De très-bonne heure, et déjà sous Auguste, le pouvoir électoral des *comitia centuriata* et *tributa* se réduisit à l'acclamation des candidats présentés par l'empereur. (Dio Cass., LIII, 21 ; LV, 34 ; LVI, 40 ; Walter, *op. cit.*, t. 1, § 274 ; Goell, *Des comices électoraux de l'empire*, dans la *Zeitschr. f. d. Alterthumsw.*, 1856, p. 509 ; Stobbe, *Des comices sous l'empire*, dans le *Philologus*, 31, pp. 288 et suiv. — N'oublions pas toutefois qu'Auguste permit aux décurions des colonies italiques d'envoyer à Rome, pour le jour des comices, leurs votes secrets et cachetés ; Suet., *Aug.*, 46.) — A partir de Tibère, la désignation des divers titulaires des anciennes magistratures républicaines et des membres des collèges sacerdotaux, jusqu'alors élus par les *comitia tributa*, fut transférée au Sénat. (Voir la note précédente. — Tacit., *Ann.*, I, 15 ; III, 19 ; cf. Vell. Paterc., II, 126 ; Mommsen, dans Borghesi, *Œuvres complètes*, t. 3, p. 411, note 5. — Consulter aussi ce dernier auteur dans *Hermes*, IV, pp. 365 et suiv. et p. 370, sur le sens de la formule *ex senatusconsulto* que l'on rencontre fréquemment, après la mention des dignités, dans des inscriptions de l'empire.) Quant à l'empereur, il se réserva le droit de désigner, de présenter, de proposer au Sénat (*nominare*, *nominatio*), d'une part, tous les candidats pour les différents collèges sacerdotaux (cf. Dio Cass., LI, 20 ; LIII, 17, etc. ; Gemoll, *De coopt. sacr. Rom.*, Berlin, 1870 ; Willems, *op. cit.*, p. 312, note 1), et, de l'autre, une partie des candidats pour les magistratures. (*Candidati Principis*, *Cæsaris*. — Vell. Paterc., II, 124 ; Tacit., *Ann.*, I, 15 ; *Lex de imp. Vesp.* ; Stobbe, *Les Candidati Cæsaris*, dans le *Philologus*, t. 27, p. 88, et t. 28, p. 648.) — Pour ce qui est de l'intervention du peuple, si débile qu'elle fût, elle existait encore ; mais ce n'était guère plus qu'une ombre d'elle-même ; car elle se bornait à acclamer *(cooptare, cooptatio)* les candidats désignés par l'empereur ou par le Sénat. On la retrouve encore avec ce caractère au troisième siècle de l'empire, au moins pour les consuls. (Vopisc., *Tacit.*, 7 ; cf. Dio Cass., LVIII, 20 ; voy. *infra*, note 29.) En attestant que les comices se réunirent encore quelquefois pour entendre proclamer le nom du candidat élu par le Sénat, Dion nous permet de comprendre comment il peut encore être question des *comitia consularia*, même après le changement opéré par Tibère. (Tacit., *Ann.*, I, 81 ; Plin. Jun., *Paneg.*, 63 et suiv. — Consulter, sur tout ceci, les auteurs cités *supra*, note 24, et comp. *supra*, § 1er, note 9, et § 2, note 12.)

Dans les provinces, le peuple abandonna aussi les comices, et l'élection des magistrats passa à l'*ordo* (sénat municipal). Ce fut alors le magistrat sortant de charge qui dut désigner son successeur — (*nominare*, *nominator* ; voy. *De peric. nomin.*, C. Just., XI, 33, Rub. et Const. 2, *hoc tit.* ; cf. LL. 11 § 1, 13 et 15 § 1, fr. Papin., *Ad municip.*, D., L, I ; Constt. 2, 3 et 4, *Quo quisque ordine conven.*, C. Just., XI, 35), — et le Sénat le nommait sur sa présentation. (*Creatio :* Const. 1, *De peric. nomin.*, C. Just. ; *creator :* L. 2 § 7, fr. Ulp., *De admin. rer. ad civit. pertin.*, D., L, 8.) Plusieurs fragments du Digeste nous font connaître la nature même de l'élection attribuée à la curie : dans une réunion du sénat municipal, à laquelle le gouverneur de la

en conséquences que dût devenir cette innovation, ce prince ne

---

province assistait d'ordinaire, les candidats aux magistratures sont désignés (*nominati*) parmi les décurions par les magistrats sortant de charge ; les noms de ces candidats sont soumis au gouverneur, puis, s'ils sont acceptés par lui, renvoyés à la curie, qui procède alors à l'élection par voie de décret. (L. 15 § 1, fr. Papinian., *Ad municip.*, D., L, 1 ; L. 1 §§ 3 et 4, fr. Ulp., *Quando appell. sit*, D., XLIX, 4.) Mais ce fait ne doit pas être rattaché à la réforme de Tibère à Rome, et il serait absolument impossible, aujourd'hui, de prétendre qu'à partir de l'an 14 de notre ère, à l'action du peuple succéda partout l'action exclusive du Sénat à Rome et de l'*ordo* dans les cités. Cette opinion, que suffiraient à écarter déjà les témoignages de reconnaissance exprimés à Tibère par des municipes, et consignés dans de nombreuses inscriptions (Orelli, nos 686 à 690), nous verrons bientôt que la loi de Malaga l'a rendue dès maintenant insoutenable. (Comp. Klipffel, *Etude sur le régime municip. Gallo-Rom.*, dans la *Nouv. revue historiq.*, 1879, p. 304.)

En ce qui concerne les colonies romaines, on se convaincra aisément de la vérité de notre assertion pour le premier siècle de l'empire. Que la bourgeoisie, en corps, ait conservé le droit de procéder à l'élection des magistrats, c'est ce que prouve la table d'Héraclée, d'après la règlementation de laquelle s'opéra l'organisation des villes romaines : elle parle, en effet, des comices municipaux. Dans une inscription de Narbonne, datant de l'an 764 U. C. = 11 de notre ère (Millin, *Voyage*, t. 4, 1, p. 375 ; Orelli, no 2489), par conséquent de trois ans antérieure à l'époque à laquelle se réfère le texte de Tacite, on voit le peuple de Narbonne remercier Auguste de l'accord par lui rétabli entre les décurions et la plèbe, ce qui, très-probablement, doit faire allusion à des dissentiments qu'une élection aura fait naître dans cette colonie romaine. L'année suivante (an 12), les troubles de Vienne, que Tibère apaisa par ses réprimandes (Vell. Paterc., II, 121 : « *coercitione magis quam pœna* »), peuvent être considérés comme un fait du même genre. Enfin on trouve dans une inscription d'Arles (Herzog, *Gall. Narb.*, *App. epigr.*, p. 68, no 325) l'énumération des promesses faites par un candidat à la bourgeoisie de cette ville, en vue d'une élection. — Pour les municipes latins, les tables de Salpensa et de Malaga nous permettent de suivre dans tous ses détails une élection municipale. (Voy. Klipffel, *op. et loc. citt.*, pp. 180 et suiv.)

MM. Zumpt (*Comm. epig.*, I, p. 61) et Marquardt (Becker-Marquardt, *Handb. der röm. Alterth.*, III, 1, p. 349) avaient d'abord pensé que la réforme de Tibère s'appliquait à tout l'empire, et que, si la translation des pouvoirs des comices à l'*ordo* n'était pas contemporaine de la révolution comitiale opérée par cet empereur, elle en était du moins très-voisine. Et Zumpt présumait que telle était peut-être l'œuvre de la *lex Petronia*, dont il a exagéré la portée, et qui se bornait à donner aux décurions la faculté d'élire, dans le cas de troubles, un préfet (*Præfectus juri dicundo ex decurionum decreto lege Petronia*, Orelli, nos 3679, 3819), à la place des duumvirs. — (Voy. sur ce point, Millin, *Magasin encyclopédiq.*, 1818, 4, p. 359 ; Romanelli, *Viaggio*, t. 1, p. 256 ; Orelli-Henzen, nos 3679, 3680, 7074 ; cf. nos 2287, 3818 ; *Fasti Venusini*, *C. I. L.*, I, 469 ; *C. I. L.*, II, 2225 ; III, 1822 ; V, 2852 ; Zumpt, *Fast. mun. camp. fr.*, 50-54, 58-59 ; Savigny, *Zeitschr.*, IX, 374 ; la théorie de cet auteur a été détruite par Mommsen, *Inscr. Neapol.*, p. 480, et *Stadtr. von Salpensa*, pp. 446 et suiv. ; Walter, *op. cit.*, § 300, t. 1, pp. 456 *in fine* et suiv. ; Marquardt-Mommsen, IV, 494 et suiv. ; Hoffmann, *op. cit.*, p. 188.) — Mais la *lex Malacitana*, qui date de l'époque des Flaviens (elle est du règne de Domitien, de l'année 82 ou 83 de notre ère), ruine l'opinion de Zumpt, et il paraît d'ailleurs l'avoir abandonnée dans ses *Studia Romana*. Presque tout ce que nous possédons de cette loi traite, en effet, de l'élection des magistrats par le peuple. (Voy. capp. LI à LX, en remarquant que le mot *curia*, si

rencontra cependant pas d'opposition (27)* lorsqu'il décréta, comme

---

fréquent dans cette loi, désigne, non pas l'*ordo decurionum*, mais les curies dans lesquelles votaient les électeurs dans les comices. — Comp. Klipffel, *op. et loc. citt.*, pp. 181 *in fine* et suiv.) — Au reste, indépendamment de la *lex Malacitana*, dont le témoignage nous paraît aussi irrécusable qu'à MM. Houdoy (*op. cit.*, pp. 185 et suiv.) et Beaudouin (*Nouv. rev. hist.*, 1879, pp. 146 *in fine* et suiv.), mais sur le caractère de laquelle on s'est plu à discuter (Van Lier, *Spec. ant. inaug. de insc. Salpens. et Malac.*, p. 68, Trajecti ad Rhenum [Utrecht], 1865), tout porte à croire qu'à l'époque des Flaviens (69-96), et cela dans tout l'empire, le peuple était encore investi du droit de nommer les magistrats. Spécialement, les *graffiti* des murs de Pompéi nous ont déjà fourni des traces d'agitation électorale, et nous ont prouvé que cette ville était occupée d'élections, quand l'éruption du Vésuve vint l'engloutir. (Comp. § 1, note 22, p. 238, *sub fin.*) — Mais il y a mieux : sans parler des lettres de Pline le Jeune, qui nous montrent les règlements de Pompée en vigueur dans la Bithynie, et la bourgeoisie tout entière y prenant part aux élections municipales (*Ep.*, X, 78, 79), nous possédons une inscription d'une date bien postérieure encore au désastre de Pompéi (79), à la loi de Malaga (82 ou 83), et aux inscriptions de Lyon auxquelles nous renverrons bientôt, et qui paraissent être de la même époque ou à peu près ; c'est une inscription funéraire du municipe de Bovilles, dans le Latium, à laquelle nous avons déjà fait appel. Ce texte date de l'an 158 après J.-C. ; il est du genre de ces inscriptions tumulaires, dont nous avons parlé (§ 1, note 22, pp. 238 *in fine* et suiv.), et qui maudissaient le candidat qui aurait fait placarder ses affiches sur le marbre funéraire (Orelli-Henzen, n° 6977), ce qui suppose bien aussi, pour le dire en passant, des élections par le peuple, plutôt que des élections faites à huis clos dans le sein de l'*ordo*. Or, notre inscription, publiée par Orelli (n° 3701), et corrigée par Henzen (t. 3, p. 402 *in initio*), porte à la ligne 8 : PRIMVS COMITIA MAGISTRATVVM (*creandorum*) || (c)AVSA INSTITVIT, etc. (Voy. aussi, en ce qui concerne les actes municipaux dans lesquels intervient le *senatus* ou l'*ordo*, concurremment avec le *populus*, évidemment appelé pour donner son suffrage : à Corfou, sous les Antonins, *Splendidissimus ordo, consentiente populo*, Henzen, n° 7171 ; cf. n°s 7170, 5171, 5185, etc. ; ailleurs, *Decreto civium universorum*, Orelli, n° 764 ; à Pérouse, *Pleps urbana*, Orelli, n° 2531 ; à Gabies, sous Domitien même, *Placere universis*, Orelli, n° 775 ; cf. n° 784 ; pareillement, des élections eurent lieu à Lyon vers la même époque : De Boissieu, *Inscript. de Lyon*, pp. 160-161. Enfin on rencontre dans deux inscriptions postérieures à la *lex Petronia* les expressions : || ORDO VOCONTIOR || EX CONSENSV ET POS || TVLATIONE POPVLI || ; Gruter, 484, 2 ; Orelli, n° 3725 ; Herzog, *Gall. Narb.*, n° 453 ; et : SEX. LIGVRIVS... MARINVS... II. VIR. DESIGNATVS || EX POSTVL. (*atione*) POPVLI... ; Orelli, n° 4020. Ces deux inscriptions prouvent qu'il arrivait parfois que certains candidats se trouvaient pour ainsi dire imposés au choix de la curie par le vœu de la bourgeoisie entière : moyen suprême qui restait alors à cette dernière d'intervenir dans les élections municipales, parce qu'il était impossible de l'en priver.) Quoi qu'il en soit, la conclusion certaine qui ressort des données précédentes, c'est que, dans les provinces, la nomination des magistrats, au lieu d'émigrer brusquement comme à Rome du Champ de Mars au Sénat par la seule volonté de César, ne passa qu'insensiblement du peuple à l'*ordo*, et cela suivant les pays et les circonstances, et que les comices populaires ont persisté dans les cités bien longtemps après leur suppression à Rome. (Consulter M. Giraud, *Lex Malacit.*, pp. 61 et suiv.) D'un autre côté, il n'est pas douteux non plus qu'à l'époque des jurisconsultes, c'est-à-dire à partir du troisième siècle de notre ère, la curie se recrutait, en règle, par *cooptatio*,

* Voir note 27, page 297.

un règlement qu'Auguste lui-même avait laissé par écrit (28) *, que

---

les décurions élisant eux-mêmes les nouveaux membres qu'ils accueillaient dans leur sein, ainsi que le prouvent principalement : d'abord, une inscription de Cales (aujourd'hui Calvi, — Wilmanns, n° 2029 ; *I. N.*, n° 3950), puis un texte de Papinien. (L. 6 § 5, *De decurion. et fil. eor.*, D., L, 2 ; voir aussi Fronto, *Ep. ad amicos*, II, 11 (16), et Klipffel, *op. et loc. citt.*, p. 304.) Cette révolution, du reste, n'était pas encore définitivement accomplie au temps de ce jurisconsulte, c'est-à-dire sous les règnes de Septime Sévère et de Caracalla, puisque, alors qu'il indique, d'après l'état de choses nouveau, l'ordre dans lequel les membres de la curie sont appelés à donner leur avis dans les réunions du Sénat municipal, Ulpien mentionne encore, dans une loi formelle, l'orde antérieurement suivi. (L. 1 pr. et § 1, *De alb. scrib.*, D., L, 3.) Ce qui résulte positivement du texte de Papinien, c'est qu'on était nommé décurion à l'élection ; mais il est en même temps certain que ce n'est plus dans les comices populaires, que tous les textes d'ailleurs nous montrent comme procédant toujours à l'élection des magistrats (voy. notamment les neuf chapitres de la loi de Malaga, relatifs aux élections), et jamais à celle des décurions, qu'il faut chercher les électeurs : car nous nous trouvons à l'époque de Septime Sévère et de Caracalla, et les comices sont abolis, on peut dire avec une quasi certitude, partout ; par conséquent, l'élection des décurions ne peut procéder que de l'*ordo* lui-même, et ce ne peut être qu'une *cooptatio*. (Voy. sur ces idées, Beaudouin, *op. et loc. citt.*, pp. 141 et suiv., et consultez, sur le recrutement de l'*ordo decurionum* au troisième siècle, Houdoy, *op. cit.*, pp. 237 et suiv.) — Nous ne prétendons toutefois nullement dire par là, que la *cooptatio* constitue une innovation du troisième siècle. Ce que nous entendons uniquement présenter comme une innovation de cette époque, c'est la généralisation de ce mode spécial de recrutement de la curie. Il est, en effet, hors de conteste que, dès longtemps déjà, ce genre d'élection était connu et pratiqué, puisqu'il en est question dans la *lex Julia municipalis*, dont Savigny (*Vermischte Schriften*, t. 3, pp. 279-412 ; cf. *C. I. L.*, I, p. 123) a d'une manière définitive fixé la date à l'année 709 de Rome ou 45 av. J.-C. (Voy. *Lex Jul. munic.*, cap. v, linn. 85 et seq., *C. I. L.*, I, p. 121 ; Giraud, *Nov. Enchirid.*, p. 621.) Ce dernier point toutefois est contesté. (Voy. en notre sens, M. L. Thézard, *Observations sur l'admission dans les curies municipales*, dans la *Nouv. rev. hist.*, 1879, pp. 511 et suiv. — *Contra* Beaudouin, *op. et loc. citt.*, pp. 141 et suiv., qui ne croit pas pouvoir prendre le mot *cooptatio* de la table d'Héraclée dans son acception ordinaire de cooptation.)

Au reste, nous n'avons pas l'intention de nier que, sous l'empire de cette loi, d'autres moyens aient été en usage pour combler les vides des sénats municipaux ; elle-même, en indiquant trois procédés d'appel dans la curie, en dehors de la *cooptatio* (*electio*, — terme dont le sens propre est choix = *eligere*, choisir ; voy. Constt. 5 et 28, *De fidejuss.*, C. Just., VIII, 41, — *sublectio* et *recitatio*), démontre la pluralité des formes électorales, et prouve en même temps que les choses devaient varier suivant les municipes et les colonies. Notamment, nous admettons sans hésitation que, même postérieurement à la *lex Julia*, et par exemple à l'époque de la légation de Pline le Jeune en Bithynie — (entre 109 et 113 de notre ère, suivant Mommsen, *Etude sur Pline le Jeune*, traduite par M. Morel, *Bibliothèq. de l'Ecole des Hautes Etudes*, 15e fascic., pp. 25 à 38, Paris, 1873), — le choix des membres de la curie appartenait aux II *viri quinquennales* — (Herzog, *Gall. Narb.*, *App. epigr.*, p. 10, n° 20, Narbonne ; Orelli, n° 4021, Vienne ; ou simplement *quinquennales :* Herzog, *op. et loc. citt.*, p. 67, n° 325, Arles ; Festus, éd. Müller, p. 261 ; éd. Panck., lib. XV, v° QUINQUENNALES), — magistrats municipaux remplissant les fonctions des censeurs romains. (Orelli-Henzen,

* Voir note 28, page 298.

le peuple n'élirait plus ses consuls (29)*, que le Sénat seul repré-

---

nº 7083 ; voy. sur eux Klipffel, *op. et loc. citt.*, pp. 186 et suiv.) Si le passage précité de la loi *Julia municipalis* n'est pas, il est vrai, concluant à cet égard, bien que, par inadvertance, le contraire se trouve écrit dans le savant travail de notre ami Beaudouin (*ubi supra*), une lettre de Pline le Jeune (*Epist.*, X, 83) est on ne peut plus formelle sur ce que nous venons d'avancer. Seulement, il faut se garder ici d'une double erreur : la première, relevée par M. Beaudouin (*eod.*, p. 142 ; — voy. aussi M. L. Thézard, *op. et loc. citt.*, pp. 512, 514 et 515), consiste à dire avec Dirksen (*Observat. ad tab. Heracleens.*, pp. 169 et suiv.) que les anciens magistrats entrent de plein droit dans l'*ordo*, sans aucune *lectio* du magistrat quinquennal : le nombre des décurions est, en effet, limité et se trouve en général de cent. (De là le nom de *centumviri* donné à ceux de Véies ; Orelli, nºs 3737, 3738, 4046 ; voy. M. Beaudouin, p. 142, note 3.) Il ne suffit donc pas d'avoir géré une magistrature pour être décurion ; encore faut-il qu'il y ait une place vacante dans l'*ordo*, soit par suite de mort, soit par suite d'incapacité résultant d'une condamnation, ainsi que le prévoit le ch. v de la *lex Julia*. — La seconde, commise par M. Beaudouin (*ubi supra*, pp. 142 et suiv.) et soulignée par M. L. Thézard, dont l'article signalé n'a d'autre but que de la détruire (*loc. cit.*, pp. 509 et suiv.), consiste à soutenir que, jusqu'à Trajan au moins, nul ne pouvait être membre de la curie, s'il n'avait été préalablement magistrat. Bien des textes, indépendamment de la raison, qui conçoit difficilement le Sénat d'une petite ville exclusivement composé d'anciens magistrats (appelés, par l'*Album* de Canusium, *Quinquennalicii*, II *viralicii*, *Ædilicii* et *Quæstoricii*), bien des textes, disons-nous, établissent que c'était là une nécessité purement imaginaire. Sans faire ici appel au chap. v de la *lex Julia*, qui ne dit mot de la question, et qui se contente d'indiquer, avec son chapitre x par exemple, et la lettre précitée de Pline, que la qualité dont s'agit constitue un titre plus ou moins absolu pour être admis dans l'*ordo*, nous invoquerons ses chapitres VI, VIII et X, ainsi que la *lex Pompeia* dont parle Pline le Jeune (*eod.*). Ces quatre documents édictent des prohibitions communes pour les fonctions de magistrat et pour celles de décurion, prohibitions qui, quant au décurionat, eussent été et paraissent bien inutiles, si l'exercice préalable des magistratures avait été indispensable pour entrer dans la curie. De plus, la question finale que Pline adresse à l'empereur, dans sa lettre, et la réponse qu'y fait Trajan dans la sienne (Plin., *Epist.*, *eod.*, 84, éd. Panck.), manqueraient de sens dans la doctrine que nous combattons. Enfin le § 96 du comment. 1er de Gaius, tel que l'a restitué avec certitude M. Studemund, confirme absolument notre opinion, et n'exige nullement, pour être expliqué, la démonstration qu'il contient l'expression d'un droit nouveau : Gaius y est aussi affirmatif que possible, et son langage serait à coup sûr beaucoup moins ferme, s'il constatait une pratique de création récente. *A fortiori*, ferons-nous la même observation à propos de deux lois déjà citées de Papinien et d'Ulpien. (L. 6 § 5, *De decurion.* ; L. 1 pr., *De alb. scrib.*, D.) Les documents épigraphiques viennent du reste à l'appui des données précédentes. Dès le premier siècle, nous trouvons une inscription de Pompéi (Orelli, nº 3745), qui permet d'affirmer que les décurions d'alors n'étaient pas toujours d'anciens magistrats, puisqu'elle mentionne un *allectus infans* de six ans, et au second siècle, nous rencontrons aussi trois autres inscriptions relatives à des *allecti inter decuriones* qui étaient également *infantes*, et qui, par conséquent, n'avaient jamais été magistrats ; toutes trois sont du règne d'Hadrien. La première, qui concerne un *infans* de quatre ans, est publiée dans le recueil d'Orelli-Henzen, nºs 6929 et 7009, dans le *Journal des Savants*, 1837, pp. 661 et suiv., et dans les *Inscript. de Lyon* de de Boissieu, VII, 8, p. 246 ; les deux

* Voir note 29, page 298.

senterait les comices (30)*, qu'il n'y aurait plus ni candidature ni

---

autres se trouvent dans Wilmanns, nos 1724 et 1724 *a* ; Mommsen, *Ephem. epigr.*, 1877, vol. 3, fasc. IV, pp. 319 et suiv. ; Homolle, *Sur quelques inscriptions d'Ostie*, dans la *Rev. archéol.*, oct. et nov. 1877, t. 2, pp. 235 et suiv., 310 et suiv.; Beaudouin, *op. et loc. citt.*, p. 157. (Ce dernier auteur, *eod.*, publie également la précédente ainsi que celle de Pompéi précitée, p. 156. — Cf. encore, en ce qui concerne les décurions *infantes :* Orelli, n° 3747 : 4 ans ; *id.*, n° 3748, et *I. N.*, n° 6114 : 4 ans, 6 mois ; Henzen, n° 7003 : 5 ans, 6 mois, 6 jours ; Orelli ; n° 3746 : 5 ans, 9 mois ; *junge :* Henzen, n° 7010 ; L. 21 § 6, fr. Paul., *Ad municip.*, D., L, I ; Const. 1, *De muner. et honor.*, C. Just., X, 40. — Relativement aux *allecti minores*, voy. Orelli, n° 3746, corrigé par Henzen, t. 3, p. 407 : 12 ans, 2 mois, 2 jours, 6 heures ; Henzen, n° 7177 : 14 ans, 37 jours ; Orelli, n° 3749 : 17 ans ; Henzen, n° 7008 : 17 ans, 6 mois, 27 jours ; *Id.*, n° 7004 : 18 ans, 11 mois, 8 jours. — *Adde :* L. 6 § 1, fr. Papin. ; L. 11, fr. Callist., *De decurion.*, D.; L. 8, fr. Ulp., *De muner. et honor.*, D., L, 4.— Consulter, sur tout ceci, Beaudouin, *ubi supra*, pp. 150 et suiv.) — Quelle autre conséquence peut-on tirer de l'ensemble de ces indications, sinon que le § litigieux de Gaius se réfère à des institutions depuis longtemps vivantes lorsqu'il l'écrivait ? Par suite, c'est à bon droit que Papinien et Ulpien parlent de décurions qui n'ont été revêtus d'aucun *honor*, comme d'un fait sinon consacré par une pratique constante et invariable, du moins accepté en règle dans certaines localités. Et c'est ainsi que l'*Album* de Canusium (Canosa) prouve qu'en l'an 223 de notre ère, les anciens magistrats ne composaient pas même la majorité de l'*ordo*, puisque, sur les 164 noms de décurions qu'il contient, on n'en trouve que 64 qui aient exercé une magistrature, savoir : *7 quinquennalicii*, 29 II *viralicii*, 19 *ædilicii*, 9 *quæstoricii*. (Voy. Mommsen, *I. N.*, n° 635 ; Orelli, n° 3721 ; Wilmanns, n° 1830. — Consulter sur cet album : Damadenus, *Æs redivivum tabula Canusina*, 1723, dans le t. 9, 5e partie, du *Thesaurus antiquitatum* de Grævius ; Savigny, *Hist. du dr. rom. au moyen âge*, trad. de Guenoux, t. 1, pp. 75 et suiv. ; Houdoy, *op. cit.*, pp. 249 et suiv. ; Beaudouin, *op. et loc. citt.*, p. 142, note 3, et pp. 151, note 2, et suiv.)

Une conclusion générale se dégage de ces diverses observations : c'est qu'il ne faut jamais perdre de vue que la difficile question du recrutement des curies municipales constitue un problème complexe, qui n'est pas susceptible d'une solution unique et générale. Ici, comme pour les élections, tout dépend des cas, des lieux et des temps, et le texte de Gaius, joint à la *lex Julia municipalis* et rapproché en particulier des lois de Papinien et d'Ulpien, prouve jusqu'à l'évidence qu'il faut procéder avec prudence et en s'aidant des distinctions indiquées, toutes les fois que l'on aborde l'étude si délicate et encore si peu éclaircie dans laquelle nous venons de pénétrer. Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins absolument acquis qu'au troisième siècle, la *lectio* faite par le duumvir quinquennal pour combler les vides de l'*ordo decurionum* disparaissait, pour être remplacée par la *creatio* des décurions par l'*ordo* lui-même, appelé dans les inscriptions *sanctissimus ordo* (Orelli, nos 2322, 4020) ; *splendidissimus ordo* (Orelli-Henzen, nos 3164, 3725, 5171 ; Gruter, t. 2, p. 484, n° 2) ; *honestissimus ordo* (Orelli, n° 3300) ; *amplissimus ordo* (Henzen, nos 6469, 6929, 7009) ; *ordo pientissimus* (*id.*, n° 7177). Au demeurant, plusieurs inscriptions relatives à des *allecti* majeurs établissent que, dès le temps d'Hadrien et d'Antonin, le système de la *cooptatio* par l'*ordo* lui-même tendait à supplanter, pour devenir le mode ordinaire et normal de recrutement des membres de la curie, la *lectio* du *duumvir quinquennalis*. (On en trouvera cinq de ce genre publiées et commentées par Beaudouin, *ubi supra*, pp. 159 et suiv.)

En ce qui concerne maintenant l'époque précise de l'abolition des comices popu-

* Voir note 30, page 298.

sollicitation, enfin que le choix des sénateurs ne s'exercerait seu-

---

laires dans les provinces, on ne saurait l'indiquer; mais ce qui ressort avec évidence des faits que nous avons enregistrés, c'est que leur disparition a suivi dans les cités une marche progressive, jusqu'à la fin du second siècle et jusqu'au commencement du troisième, et que ce serait méconnaître la vérité historique que de songer à un procédé radical et à une mesure d'ensemble, qui aurait, à jour donné, opéré dans tout l'empire leur suppression générale. (Voy. Roth, *De re municipali*, pp. 24, 75; Mazocchi, *Tab. Heracl.*, pp. 401, 421, 447; Giraud, *La lex Malacitana*, 1868, pp. 61 à 71; Beaudouin, *op. et loc. citt.*, p. 147, note 3; Klipffel, *op. et loc citt.*, pp. 388 *in fine* et suiv.) D'après l'avant-dernier de ces auteurs, le texte le moins ancien parlant clairement des comices populaires est l'inscription funéraire de Bovilles mentionnée ci-dessus. — Observons toutefois qu'à l'époque même où la loi, par l'organe de Callistrate, marque d'une manière si tranchée la différence entre le *decurio* et le *plebeius* (L. 3 pr., *De testib.*, D., XXII, 5), on la voit réserver dans les affaires une parcelle d'influence aux plus riches d'entre les plébéiens, aux *possessores*. Ulpien nous les montre procédant, de concert avec les décurions, à la désignation des médecins de la cité. (L. 1, *De decret. ab ordine faciend.*, D., L, 9.) — On sait qu'une constitution des *divi fratres* avait décidé que les honneurs municipaux seraient à l'avenir déférés à tour de rôle aux décurions seuls, d'après l'ordre d'entrée de chacun dans la curie. (L. 6 pr., fr. Ulp., et L. 11 § 1, fr. Modest., *De muner. et honor.*, D., L, 4.) Sans doute, Septime Sévère, tout en laissant subsister le privilège électoral de la curie, avait bien rouvert un instant l'accès des honneurs municipaux à la plèbe (L. 14 § 4, fr. Callist., *eod.*); mais cette concession ne fut que transitoire; la plèbe se vit bientôt écartée de nouveau, et, au temps de Paul, son exclusion était devenue une règle générale que la loi proclamait hautement. (L. 7 § 2, *De decurion.*, D.) A l'époque même de Septime Sévère, une inscription de Rusucurrum, en Afrique, publiée par M. Renier (*Inscrip. de l'Algérie*, p. 496, n° 4070), porte que C. Julius Rusticus Felix fut élu II *vir* de ce municipe par l'ordre des décurions. Elle indique clairement, par là même, que les élections par la curie étaient alors de date assez récente, ce qui est en complète harmonie avec la constitution de Marc-Aurèle et de Lucius Verus. Cette inscription ne contredit nullement ce que nous allons dire au sujet de l'Afrique; elle sert simplement de preuve nouvelle à notre assertion, que le régime municipal n'était pas partout le même, et que la nomination des magistrats ne passa pas du peuple à l'*ordo*, dans toutes les cités, à la même époque.

Nous ajouterons que c'est en Afrique que le peuple conserva le plus longtemps sa participation à l'élection des magistrats, ainsi que le prouve une constitution de Constantin, de l'an 326 (Const. 1, *Quemadm. mun. civ.*, C. Th., XII, 5), qui offre quelque difficulté d'interprétation, si on la rapproche de deux autres textes du Code Théodosien, le premier des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, de l'an 381 (Const. 84, *De decurion*, XII, 1), le second d'Arcadius et d'Honorius, de l'an 395. (Const. 142, *eod.*) Sur ces trois constitutions, dont les deux dernières concordent entre elles, mais ne sont pas en harmonie avec la première, et dont la troisième seule est reproduite au Code de Justinien (Const. 45 [ou 46, suiv. les éd.], *De decurion.*, X, 31), on pourra consulter M. de Savigny. (*Hist. du droit Romain au moyen âge*, trad. Guenoux, Paris, 1839, t. 1, p. 42. — Voir aussi Godefroy, éd. Ritter, t. 4, foll. 562, 459 et 510.) Quant à nous, sans avoir la prétention de les déchiffrer, nous nous bornerons à faire remarquer :

α. — D'abord, que, dans la première, le mot *nominatio* perd son sens technique de *présentation*, et doit évidemment revêtir celui de *nomination*, *creatio* (Gothof., *in init. Comment. ad h. Const.*, f° 563);

lement que sur quatre candidats présentés par lui-même (31)*, ou,

---

β. — En second lieu que, pour lever l'antinomie qui existerait sans cela entre cette loi et la seconde, il a été proposé (voy. M. Houdoy, *op. cit.*, pp. 189 et suiv., pour qui c'est l'évidence même) de traduire le mot *ordines*, dont se sert cette dernière, non pas, comme le font certains auteurs (Gothof., *Ad h. Constit.*; Noris, *Cenotaph. Pisan.*, diss. I, c. III, p. 46) par *sénat*, mais bien par *corporation*, sens qui ne nous est pas d'ailleurs inconnu (Cic., *Ep. ad Brut.*, lib. I, ep. 3, 2; *Cenotaph. Pisan.*, tab. 2); on pourrait cependant préférer à cette explication l'une de celles qui suivent immédiatement;

γ. — En troisième et dernier lieu, que, si dans la Constit. 142 (et peut-être bien aussi dans la Const. 84, comme nous le croyons), il est incontestablement question du Sénat, ce qui semblerait alors contredire la Constit. 1, rien n'établit qu'il concourût seul à la nomination des magistrats (M. Houdoy, p. 190, note 93), opinion qui, si elle est exacte, concilie les deux (ou même les trois) textes. — Nous estimons, en ce qui nous concerne, qu'il serait possible d'admettre, sans trop de témérité que, s'il y a réellement contradiction entre nos trois constitutions, cela tient à ce que, de l'an 326, date vraie ou fausse de la première (voy. Gothof., f° 562, *notæ* [*g*]), à l'année 381, date de la seconde, les choses ont pu changer. (En France, il ne faut pas tant de temps.) Cette opinion gagne en vraisemblance, si l'on prend soin de relever ces mots de la Constitution de Constantin : «... *Ut quamvis populi quoque suffragiis nominatio in Africa* EX CONSUETUDINE *celebretur*... » Si ce n'était qu'en vertu de la coutume que le peuple élisait ses duumvirs en Afrique, il a fort bien pu arriver que peu à peu on lui en ait fait perdre l'habitude, surtout à cette époque de puissante centralisation. Et la loi de Constantin, en rendant responsables du choix des électeurs les duumvirs en charge, a certainement dû contribuer à ce revirement; d'autant plus qu'elle contenait en réalité une disposition exorbitante, disposition qui trouvait ailleurs sa raison d'être toute naturelle dans la nomination personnelle de leurs successeurs par les duumvirs, sans le concours du peuple. (Comp. sur toute cette matière : M. Houdoy, *op. cit.*, pp. 185 et suiv.; F. Béchard, *op. cit.*, p. 269, § 3, et pp. suiv.) — Du reste, on rencontre de remarquables particularités dans le régime municipal de l'Afrique au quatrième siècle, et, sans entrer à cet égard dans des détails qui dépasseraient notre compétence, et les bornes déjà trop étendues de ce travail, nous indiquerons simplement qu'on trouvera un exemple frappant de notre assertion dans l'*Album* de Tamugas (prov. de Numidie; aujourd'hui Timgâd), publié en 1876 dans l'*Ephemeris epigraphica*, vol. III, fasc. I, pp. 77 à 84, avec un commentaire de M. Mommsen, et qui date précisément de cette époque, mais que le savant épigraphiste allemand regarde comme spécial à l'Afrique et au quatrième siècle. (Voy. aussi Beaudouin, *op. et loc. citt.*, p. 151, note 2.)

(27) Voy. les paroles de Tacite, citées note 25. L'explication historique de ce phénomène réside tout entière dans cette idée, que l'« *ordinatio comitiorum* », comme dit Paterculus (II, 124; voy. la note suivante), c'est-à-dire la présentation par l'empereur de tous les candidats (voy. § 1, note 22 *in fine*, p. 240 *in init.*), accoutuma peu à peu les Romains à n'avoir plus de comices que pour la forme. Cette présentation, il est vrai, était encore de fraîche date, mais elle n'en constituait pas moins une suppression de fait des comices, et, pour ainsi dire, un acheminement préparatoire à la réforme de Tibère. Que si, maintenant, elle n'était point de nature à rencontrer de résistance dans la masse, et ne dut provoquer les murmures que de l'aristocratie et des classes riches, le motif en est que l'on n'éprouve en général de regret que des pertes qu'on subit, et que la plèbe n'exerçait en réalité aucune influence sérieuse dans les comices. (Comp. M. Accarias, t. I, p. 42, note 2.)

* Voir note 31, page 298.

pour demeurer dans les limites d'une plus stricte vérité, par son favori Séjan (32).

---

(28) Vell. Paterc., II, 124 : « *Post redditum cœlo patrem, et corpus ejus humanis honoribus, nomen divinis honoratum, primum principalium ejus* (Tiberii) *operum fuit ordinatio comitiorum, quam manu sua scriptum D. Augustus reliquerat.* »

(29) Dio Cass., LVIII, 20 ; LIX, 9. Cf. note 26, *supra, in initio.*

(30) En cela l'empereur ne faisait pas preuve d'invention. On se convaincra sans peine que ce n'était là qu'un retour pur et simple au régime primitif, si l'on se rappelle qu'après l'expulsion des Rois, le Sénat se réserva d'abord l'élection des consuls. (Appian., *Bell. civ.*, I, 1.) — Comme dans l'ancien temps, la proclamation des élus avait lieu devant le peuple ; ceux-ci sortaient du Sénat, se présentaient au Forum, et un héraut avait pour mission d'annoncer aux citoyens les noms des consuls que venaient de leur nommer les sénateurs. (Gravina, *De Romano imperio*, 15, 22.) — Cf. note 26, *supra.*

(31) Tacit., *Ann.*, I, 15 ; voy. *supra*, note 25.

(32) Un mot de Tacite (*Ann.*, IV, 68), d'un stigmatisant laconisme et d'une froide concision, suffit à donner une idée de l'avilissement profond dans lequel ce simulacre de comices avait jeté la première magistrature de Rome : « *Ad quem* (consulatum) *non nisi per Sejanum aditus ; neque Sejani voluntas nisi scelere quærebatur.* » — Voy. sur l'élection des consuls par le Sénat, la façon dont Pline le Jeune (*Ep.*, III, 20) dépeint ces comices.

Caligula (37-41), ce bouffon couronné, eut la fantaisie de rétablir les assemblées électorales et de rendre au peuple ses droits : « *Tentavit et, comitiorum more revocato, suffragia populo reddere.* » (Suet., *Calig.*, 16. — Cf., sur ce passage, note 25.) Mais il ne tarda pas à se repentir de son libéralisme, et, deux ans après, il supprima derechef les assemblées comitiales, pour en revenir aux institutions de Tibère. (Cf. Dio Cass., LIX, 9, 20 ; *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 140, p. 98, note 36 ; Walter, *op. cit.*, § 274, t. 1, p. 422.) Désormais, nul ne songea plus à faire revivre cette dangereuse prérogative : ainsi périt définitivement pour Rome le suffrage universel, qu'un fou venait de lui ravir à jamais, et que pas un sage n'a encore su réglementer, en lui donnant pour base la morale et l'instruction.

A partir de cette époque, on peut dire que c'est de l'empereur ou du Sénat qui, depuis César, était devenu un simple instrument dans la main du chef suprême, quand celui-ci daignait le consulter, et n'allait pas plus droit au but en lui attribuant arbitrairement des décisions qu'il n'avait jamais rendues (Cic., *Ad famil.*, IX, 15. — Comp. Bon Desazars, *op. et loc. citt.*, pp. 206 *in fine* et suiv.), c'est de l'empereur ou du Sénat que dépendait l'élection, et que fut inaugurée l'ère des nominations. Ce n'est plus qu'avec la permission impériale que l'aspirant se présente pour demander un poste ; ce n'est plus qu'après le choix du Sénat que le peuple est convoqué : de telle sorte que le Champ de Mars, théâtre de ces fantômes d'élections, où les candidats acclamés voient leur nomination couverte d'une apparence de sanction populaire, n'offre plus aux anciens comices que le souvenir d'une vie éteinte pour toujours. Bien plus ! Un jour viendra où, l'empereur seul disposant de tout, le Sénat se verra confisquer comme le peuple son droit d'électeur (comp., *supra*, note 20) ; chute fatale de cette populace efféminée qui, dans sa servile indolence, s'était vouée depuis bien des années déjà au désintéressement de la chose publique et de l'avenir de la patrie :

« ... *Jam pridem, ex quo suffragia nulli*
« *Vendimus, effudit curas ; nam, qui dabat olim*
« *Imperium, fasces, legiones, omnia, nunc se*

Ce revirement dans les principes constitutionnels de la cité romaine primitive eut pour résultat immédiat et pour conséquence directe un changement complet dans la forme de la collation. Nous allons assister ici à la naissance d'une institution qui existe encore aujourd'hui. Les suffrages populaires étant confisqués, il s'ensuivit que l'on dut substituer à l'élection qui venait

---

« *Continet, atque duas tantum res anxius optat,*
« *Panem et circenses. Perituros audio multos.*
» *Nil dubium ; magna est fornacula ...* »,

s'est écrié Juvénal dans un moment de noble indignation. (*Sat.*, X, v. 77 et suiv. — Cf. Modestin., L. unic. pr., *De leg. Jul. amb.*, D., XLVIII, 14 ; M. E. Labatut, *Hist. de la préture*, pp. 72 et suiv.) Il faut lire aussi l'action de grâces pour le consulat, prononcée à Trèves par Ausone, devant l'empereur Gratien, son élève, à la fin de l'année 379 de notre ère, pour se faire une idée du degré que peut atteindre l'art de courtiser mis au service d'une gratitude acquise par la collation des honneurs. « *Romanus populus, Martius campus, equester ordo, rostra, ovilia, senatus, curia, unus mihi omnia Gratianus* », y est-il dit. (*Ad Gratianum Imper. discipulum gratiarum actio pro consulatu.*) Heureux encore les empereurs qui furent aussi bien inspirés que Gratien dans leur choix tout-puissant et sans contrôle !

Faut-il le dire toutefois ? La suppression réelle des comices n'en laissa pas moins subsister la corruption : celle-ci, seulement, prit une autre allure ; la brigue ne disparut que pour faire place à l'intrigue. Le Sénat, les puissants, les familiers, furent assiégés par les solliciteurs pour obtenir des places de l'empereur. Le mal était donc loin d'avoir été ruiné dans son principe : le changement dans la forme du gouvernement n'avait fait que le déplacer. Ce n'était plus au Forum, mais dans le palais impérial, que se trouvait maintenant le marché aux suffrages ; voilà tout. Au lieu de servir à marchander les votes du peuple, comme sous la République, l'argent, sous l'empire, permit à l'ambition d'acheter emplois, fonctions et honneurs, après avoir trafiqué de la protection des favoris. « Les sénateurs se vendaient à l'envi, et Trajan dut promulguer une loi, qui défendait aux aspirants de donner des festins, de faire des cadeaux, d'offrir de l'argent. De jour en jour l'intrigue devint plus intense ; l'ambition, dit Claudien, alimente un honteux commerce, par l'enchère qu'elle met aux honneurs, — et ailleurs, — les fonctions que dispensait le prince deviennent l'objet de misérables transactions. (« *Ambitos a principe vendit honores* » ; Claudian., *In Rufin.*, I, 180. — Il faut lire aussi dans cet auteur, *In Eutrop.*, lib. I, les vers 192 à 221, si l'on veut avoir quelque notion de la vénalité des grands du quatrième siècle.)... Sous Commode, les gladiateurs et les athlètes ; sous Héliogabale, les cochers et les histrions ; sous presque tous les empereurs, les débauchés et les courtisans, disposaient des places, et faisaient trafic des faveurs du prince. » (M. Labatut, *La corrupt. élect. chez les Rom.*, pp. 212 et suiv.) Jamais la parole si souvent répétée : « Les Romains sont devenus un peuple d'esclaves gouvernés par quelques affranchis », n'a trouvé peut-être sa plus entière justification. Tel fut, en abrégé, le Bas-Empire, avec tout son cortège de vices et de scandales. — L'histoire toutefois, dont le premier devoir est d'être impartiale, doit constater qu'à tous ces désordres il y eut des exceptions. Malheureusement leur nombre, qui atteignit son maximum sous le règne heureux des Antonins, a toujours été s'affaiblissant de plus en plus. Il convient de rappeler cependant qu'Alexandre Sévère se montra impitoyable contre les courtiers de fonctions

d'être supprimée, l'usage des lettres de provision, que nous retrouvons également dans notre ancien droit, et qui présentent une frappante et indéniable analogie avec nos décrets de nomination actuels. Elles reçurent alors le nom de *codicilli* (33), ou de *codicilli imperiales* (34), et quelquefois, mais plus rarement en ce sens, la dénomination de *diplomata* (35).

---

publiques, contre les brocanteurs d'honneurs et d'emplois, comme dit Claudien (*In Eutrop.*, I, v. 197 et suiv. : « ... *Hoc certa proponit merce locandum Institor imperii, caupo famosus honorum* »), et qu'il fit mettre en croix un homme, pour avoir vendu sa protection à un soldat. (Lamprid., *Alex. Sev.*, 23 *in fine*.)

Nous ajouterons que, sous le règne des empereurs dignes d'être honorés, des peines multiples et variées furent édictées contre la corruption dont nous avons tenté d'esquisser les traits les plus saisissants ; amendes, confiscation, exil, déportation, et même châtiments corporels : tels furent les remèdes divers auxquels on eut recours. Mais, faut-il le confesser ? Toute cette répression était un nouvel aliment pour le vice : c'est qu'en effet, d'une part il fallait l'assentiment de César pour la mettre en mouvement, et cela explique pourquoi la corruption fut souvent tolérée ; d'un autre côté, l'empereur trouvait dans ces lois une source féconde de revenus où il n'avait qu'à puiser, lorsqu'il songeait à payer les services de son entourage et à compenser par la fortune l'avilissement de ses favoris.

(33) Const. 1, *De Præf. præt.*, C. Th., VI, 7 ; cf. *eod.*, VI, 22, Rub., *De honorar. codicill.*, *ibiq.* Gothof., *Paratitl.*; Const. 1, *Ad leg. Jul. repet.*, C. Th., IX, 27 ; Const. 1 pr., *Ut omnes judices*, C. Just., I, 49 ; Const. 12, *De dignit.*, *eod.*, XII, 1. — Le *codicillus* était un diminutif du *codex*. Au pluriel, *codicilli* désignait proprement une réunion de petites tablettes dont on se servait, soit pour prendre des notes (Cic., *Ad famil.*, IX, 26), soit pour écrire à des amis intimes (*id.*, *eod.*, VI, 18) ou à des parents (ex. gr. Tibère à son neveu Claude ; Suet., *Claud.*, 5), soit enfin pour rédiger les dispositions d'un testament (Plin., *Epist.*, II, 16), une pétition ou un mémoire. (Tacit., *Ann.*, IV, 39.) Comme on se servait encore des *codicilli* pour des usages analogues, il n'y a rien que de naturel à les voir employer ici comme lettres de provision. Ce sens n'est d'ailleurs pas étranger aux auteurs purement littéraires. (Voy. par ex. Suet., *Claud.*, 29 ; Sidon. Apoll., *Epist.*, ep. ult., lib. I. — Comp. M. Rich, *op. cit.*, v° CODICILLUS.) De là vient le nom de *codicillares*, donné, sous l'empire, aux fonctionnaires créés par des *codicilli* ou lettres patentes. (Lamprid., *Alex. Sev.*, 49.) — Comp. *infra*, § 4, note 48.

(34) § 4, *Quib. mod. jus potest. solvit.*, Inst., I, 12 ; Const. 5, *De consulib.*, *et non spargend. ab his pec.*, C. Just., XII, 3 ; Novell. XIII de Just., cap. III pr. *in init.* — Comp. § 4, note 48.

(35) Dans son sens technique, le mot *diploma* (en grec διπλωμα) désignait une permission par écrit, sorte de passeport en tablettes doubles ; telle est même son origine étymologique : on le remettait, soit à une personne voyageant pour des affaires de l'Etat, soit à un courrier public ou messager d'Etat proprement dit, appelé pour cette raison *diplomarius* (Murat., p. 1015, 1 ; Orelli, n° 2917), dans le but de lui faciliter la route. (Cic., *Ad famil.*, VI, 12, 3 ; Plin., *Epist.*, X, 31 ; Capitol., *Pertin.*, 1.) — Pareillement, les particuliers devaient obtenir, pour se servir du *cursus publicus*, un *diploma* ou *synthema* (Plutarch., *Galba*, 8 ; Capitol., *loc. cit.*; C. Th., *De cursu publ.*, VIII, 5, *passim* ; c'est à ces διπλώματα qu'a trait l'édit du *Præfectus Ægypti Capito*, de l'an 49 de notre ère, *C. I. Gr.*, n° 4956. Pline, dans la Bithynie, en délivra ; Plin.,

C'est à partir de cet empereur que le mot *suffragium*, qui se rencontre fréquemment sous la plume de nos vieux auteurs (36), revêtit une signification toute différente de celle que le langage usuel lui avait tout d'abord assignée (37).

Epist., X, 45 [54], 64 [14] ; 120, 121 ; sous la République comme sous le Bas-Empire, cette autorisation de se servir des postes publiques porta le nom d'*evectio;* Cato, *Fr. or.*, 2, p. 37, Jordan ; Salmas., *Ad Capitolin. Pertin.*, 1 ; cf. Böcking, *Ad N. D. Or.*, pp. 14 et suiv. ; on trouvera dans Sidon. Apoll., *Epist.*, I, 5, et dans Grég. de Tours [Gregor. Thaumaturgus, *Orat. ad Origin.*, p. 187, éd. Greg. *opp.* Mogunt., 1603, in-4] des exemples de personnes qui ont fait usage du *cursus publicus.* — Voy. sur ce point : Walter, *op. cit.*, § 362, t. 1, p. 538 *in fine;* Marquardt, *Röm. Staatsverw.*, I, 419 ; Dezobry, *op. cit.*, t. 3, p. 391 *in fine;* et comp. *supra*, note 17, p. 283.) — Le mot *diploma* désignait aussi la feuille de route du soldat romain. (L. 27 § 2, fr. Modestin., *De leg. Cornel. de fals.*, D., XLVIII, 10 ; Capitol., *eod.*) D'autre part, Suétone emploie ce terme dans le sens de notre mot *diplôme*, titre, brevet, c'est-à-dire dans le sens de pièce conférant quelque privilège spécial. (Suet., *Nero*, 12 : « *diplomata civitatis Romanæ.* » — Voy. sur tout ceci : M. Rich, *op. cit.*, v^is DIPLOMA et DIPLOMARIUS. — *Junge :* A. Ernesti, *op. cit.*, v^o DIPLOMA ; nous lisons dans ce dernier auteur, qui renvoie à Cicéron, *Ad div.*, 6, 12 ; *Att.*, 10, 17 ; *Pis.*, 37 : « *Ita dicebant literas publicas, quæ profecturis dabantur, ut in oppidis, per quæ iter esset, magistratus operam darent, ut celeriter equos, et quæ ad iter sunt necessaria, reperirent. Nomen dictum est a duplici tabellarum forma.* Vid. Casaubon. ad Sueton. *Aug.*, c. 51, *qui docet, non solum de literis itineris causa datis dici diplomata, sed etiam alia diplomatum genera esse. In Cicerone tamen semper de illo genere dicitur diploma.* Cf. Budæus ad Pand. p. m. 322. 323. Add. Maffeius in Histor. diplom., p. 17. ») — C'est enfin dans l'acception que nous lui donnons au texte, que nous trouvons prise l'expression *diplomata* dans ce passage de Sénèque (cité par Loyseau, *op. cit.*, avant-propos, n° 6) : « *Video isthic diplomata, vacua honorum simulacra, umbram quamdam ambitionis laborantis, quæ decipiat animos inanium opinione gaudentes ; humanæ cupiditatis extra naturam quæsita nomina*, etc... » D'une manière générale, on peut dire que le mot *diplomata* désigne des actes publics. (Voy. Suet., *Aug.*, 50 ; Tacit., *Hist.*, II, 54 ; cf. Hug. Donell., *opp.*, Florentiæ, *ad signum Clius*, 1846, t. 7, col. 1254, 9 *in fine* et 10.) — Sur les *codicilli* et les *diplomata*, voy. Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. 3, n°s 52 et suiv.

(36) Comp. *infra*, pp. 304 et suiv., texte et notes 44, 45 et 46.

(37) A l'origine, le mot *suffragium* désignait proprement le vote où le suffrage, ces mots étant pris au sens concret de produit de l'élection, de l'ensemble des voix — (on l'employait alors au singulier ; ex. gr. : Tit. Liv., III, 21 *in fine* et 64 ; XXIV, 8 et 9 ; XXV, 2 ; Aul. Gell., *Noct. att.*, XV, 27), — ou au sens abstrait de voix isolées. (En ce dernier cas, il était plutôt employé au pluriel ; Cic., *Pro Milone*, 35 : « *Meminit.... sibi vocem præconis modo defuisse,.... populi vero cunctis suffragiis... se consulem declaratum* » ; cf. *Pro Planc.*, *passim;* *De leg. agrar.*, II, 2, 4 ; *In Verr.*, act. II, lib. II, 51 ; *De off.*, II, 17 ; *Ad Attic.*, I, 1, 2. « *Non ego ventosæ plebis suffragia venor* », a dit aussi Horace, *Epist.*, I, 19, 37. *Adde* : Gellius, XV, 27 ; Tacit., *Ann.*, XIII, 29 ; Suet., *Aug.*, 46 ; Tit. Liv., VII, 17 ; IX, 34 *in fine;* XL, 51 *in fine ;* Val. Max., III, 8, 3 ; Vell. Paterc., II, 92 ; Sallust., *Hist.*, III, 61, 15, éd. Dietsch ; Pomp. Festus, éd. Panck., lib. XI, v^o MUNUS, p. 261, et lib. XVII, v^o SUFFRAGATORES, p. 624 ; L. 6 §§ 1 et 5, fr. Papin., *De decurion.*, D., L, 2 ; L. 8, fr. Ulp., *De numer. et honor.*, D., L, 4 ; Paul., *Sent.*, lib. V, tit. 30^A ; *Lex municip. Malicit.*, LII, LIII, LV et sq., Ch. Giraud,

A dater de Tibère, on nomma de la sorte l'argent que l'on donnait pour se faire pourvoir d'une fonction publique (38).

Il n'est d'ailleurs pas malaisé, si l'on a bien présentes à l'esprit les données précédemment émises, de se rendre compte du sens étendu plutôt que nouveau (39) de notre terme, qui, bien que surprenant au premier aspect, rattache par les liens d'une étroite connexité les pratiques antérieurement suivies aux usages plus récents, et sert à témoigner, sinon d'une similitude absolue, à tout le moins d'une saisissante analogie entre les coutumes des temps de la République et celles de l'ère impériale. Le même mot doit caractériser les mêmes faits, et c'est ce qu'il est facile d'établir et de prouver.

Nous venons de voir que les Romains n'avaient attendu ni l'Empire, ni l'apparition des *militiæ venales* pour imaginer le trafic des charges publiques, et que, ainsi que l'a fort exactement écrit M. de Tourville (40) : « La vénalité occulte, illégale et criminelle, celle qui consiste à gagner des influences et obtenir des fonctions

---

Nov. Enchir., pp. 632 et suiv.) — De là l'expression « *inire suffragium ad creandos consules* », employée par Tite-Live (XXIV, 8 *in initio*), pour dire procéder à l'élection des consuls, ou « *suffragium inire* » (*eod.*, 9 *in initio*), pour dire aller aux voix ; de là encore, celle de *suffragium ferre*. (Tit. Liv., XXV, 2 ; Cic., *Ad Att.*, I, 18 ; *Leg. tab. Bant. lex Rom.*, c. I, Giraud, *Nov. Enchir.*, p. 608 ; *Lex Malacit.*, LII, LIII, LV.) De là enfin la distinction si capitale de la *civitas cum* ou *sine suffragio* et l'importance attachée au *jus suffragii*. (Voy. Pomp. Festus, éd. Panck., lib. XI, v° MUNICIPIUM, p. 221, et Aul. Gell., XVI, 13. Comp. M. A. Bouché-Leclercq, *Le droit de suffrage dans l'ancienne Rome*, dans la *Revue politique et littéraire*, 22 mars 1879.) — C'est pareillement dans le sens de voter, que l'historien Claudius Quadrigarius emploie le mot *suffragare*, beaucoup moins latin que le déponent *suffragari*, usité par Cicéron, dans cette acception exceptionnelle chez lui. (Voy. *De legib.*, III, 15 ; cf. *Pro Murena*, 34, et Suet., *Cæsar*, 22 *in init.* — Ce verbe est parfois pris au figuré : ex. gr. Const. 3, *De tiron.*, C. Just., XII, 44, pour rendre la même idée qu'on exprime de nos jours, en disant que telle chose milite en faveur de quelqu'un.) — Le mot *suffragium* conserva d'ailleurs toujours sa première signification de suffrage, au figuré comme au propre. (Senec., *Epist.*, CII ; Lamprid., *Alex. Sev.*, 19.) — Voy. sur tout ceci : P. Barral, *op. cit.*, v° SUFFRAGIA ; Ernesti, *op. cit.*, v° SUFFRAGARI ; Freund, *Grand dict. de la langue latine*, traduit en français par M. Theil, et Quicherat, *Dict. lat.-fr.*, v^is SUFFRAGIUM, SUFFRAGO, SUFFRAGOR. Voir aussi Forcellini et R. Estienne, *his. verb.*

(38) Ce sens ressort on ne peut plus clairement du chap. 1 de la Novelle VIII de Justinien. Cf. aussi cap. 7, et Nov. XXIX, cap. 2, et CLXI.

(39) Voy. le passage de Doneau cité *infra*, note 44, p. 305.

(40) Page 9 *in fine* du manuscrit de la Thèse de droit romain.

par la corruption de l'argent, existait bien avant pour les autres fonctions. » (41) — Nous savons en effet, pour l'avoir déjà fait observer, que si, de droit, les fonctions étaient électives, de fait elles étaient vénales, et que la corruption électorale était dès longtemps connue et largement pratiquée : or, et c'est ici que nous allons rencontrer la justification de l'extension apportée par la coutume à notre terme, tandis que les *divisores* achetaient les voix des électeurs pour un candidat déterminé, par des distributions d'argent qu'il leur faisait tenir par des *sequestres* (42),

(41) « A Rome, » dit M. E. Durand (*op. cit.*, p. 6, n° 9), « la vénalité, frappée d'impuissance sous la république, commence à se montrer sous les premiers Empereurs, lorsque le droit de nommer aux offices a passé des mains de tous entre les mains d'un seul. » Ces lignes manquent d'exactitude ou de précision historique. Bien loin d'être frappée d'impuissance, la vénalité, prise au sens large du mot, et envisagée même dans sa forme la plus dangereuse, existait déjà à Rome sous la période républicaine et cela sur une très-vaste échelle, ainsi que nous l'avons établi sur la foi d'irrécusables autorités. Que si, sans doute, la vénalité des charges publiques, telle que nous la comprenons aujourd'hui, et que nous ne retrouvons plus qu'en ce qui concerne les offices ministériels, ne se développa que sous l'empire, il ne faut pas perdre de vue que ce n'est là qu'une face toute spéciale d'une question beaucoup plus générale, et qu'il est impossible, sous peine d'être trop étroit, de la cantonner de prime abord dans ces limites restreintes. On ne saurait prononcer le mot de vénalité, sans commencer par l'examiner sous tous ses aspects divers, même coupables, sauf à fixer ensuite son attention sur les points les plus intéressants, nous dirions volontiers les moins répugnants du problème, puisque, étant les seuls légaux, ils se trouvent être les seuls légitimes. Le passif de l'empire romain est du reste assez chargé, pour que le principal devoir soit de se montrer envers lui de la plus grande impartialité. — Le même auteur écrit plus loin (p. 10, n° 13) : « La forme du gouvernement républicain se prête d'ailleurs mal aux combinaisons financières, surtout lorsque, comme à Rome, les fonctions publiques sont déférées par le peuple réuni en assemblée. » Ici encore, nous nous permettons de ne pas partager cette assertion, parce qu'elle est en désaccord absolu avec les faits. (Comp. le § 1.) Mais nous le répétons; toute cette critique n'a trait qu'à la vénalité *lato sensu*, c'est-à-dire qu'à celle dont il est question au texte et qui sert à désigner l'art de tout acquérir moyennant finance. M. de Tourville (*loc. cit.*, et p. 10), à l'opinion duquel nous nous rallions, s'était également prononcé d'une façon conforme à notre manière de voir. — Il faut donc se garder avec grand soin, dans l'étude de la vénalité, d'une confusion qui peut résulter de la façon plus ou moins large dont ce terme est susceptible de se comprendre, et qui entraîne parfois à des malentendus et à des équivoques regrettables.

(42) Comp. § 1, notes 17 et 22, pp. 217 et 233 *sub fin.* — Le mot *sequester*, bien que servant toujours à désigner un dépositaire (sauf le cas où il est pris en mauvaise part; voy. Const. 1 pr., *De nupt.*, C. Th., III, 7, et Gothof., *Ad h. Const.*), revêtait, dans le droit privé, un tout autre sens que dans le droit public. Tandis, en effet, qu'en matière électorale, le *sequester* était le dépositaire de l'argent que les *divisores* étaient chargés de répartir dans les tribus (Cic., *Pro Planc.*, 19 ; Q. Cic., *De petit. consul.*, 14 ; voy. note 22 précitée), il représentait, dans le droit privé, le dépositaire d'un objet à l'égard

les *suffragatores* se chargeaient du trafic des suffrages pour ce même candidat, en distribuant au peuple des bons ou billets pour le théâtre ou pour des festins (43).

Ces faits étant constatés, lorsque les empereurs se furent chargés à la place du peuple du soin de conférer les fonctions, cette vénalité continua ; le mal ne fut que déplacé, et la corruption ne fit que changer de scène. Pour se faire pourvoir d'une fonction publique, le premier soin était de songer aux personnes puissantes qui entouraient l'empereur, et dont il fallait briguer la faveur et capter le crédit ; la prudence conseillait également de contenter la rapacité des courtisans, d'abord par des présents, puis par des sommes d'argent, qui prirent précisément le nom de *suffragia* (44). Elles tiraient cette dénomination, comme il est à

---

duquel il y avait contestation entre deux ou plusieurs personnes. (Voy. Pomp. Festus, lib. XVII, v° SEQUESTER, éd. Panck., p. 607, texte et note 2 de la traduction; LL. 6, fr. Paul., et 17 pr., fr. Florent., *Depos. vel cont.*, D., XVI, 3; L. 110, fr. Modestin., *De verbor. signif.*, D., L, 16. — Consulter M. Maynz, *op. cit.*, 4e éd., t. 2, pp. 322 et suiv.)

(43) Pompeius Festus (lib. XVII, v° SUFFRAGATORES) nous donne, d'après Varron, l'idée suivante de ces importants champions des candidats : « SUFFRAGATORES DICEBANTUR APUD *majores, hi qui vulgo in usu* ERANT CANDIDATIS : NAM QUO MELI-*us apparerent juncta suffra*-GIA, SUFFRAGATOR, *quem quisque fieri vellet, notabat* APPOSITO PUNC-*to scribtis candidatorum hominu*-M NOMINIBUS. *Varro in lib. VII Rerum humanarum* HÆC TRADIDIT. » — Le mot *suffragator* désigne à la fois celui qui donne son propre suffrage et celui qui demande un suffrage en faveur d'un autre qu'il protège ou dont il appuie la candidature. (Voy. Val. Max., IV, 5, 3, et comp. dans la *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., p. 624, note 3 de la traduction du passage précité de Festus.) A toutes les époques, et même sous les meilleurs empereurs, sous Marc-Aurèle par exemple, et plus tard sous Alexandre Sévère, nous rencontrons aussi des *suffragatores* (voy. notes 50 et 53); mais, tandis que sous les princes vertueux, on usait de leur crédit à titre purement officieux, et de la même manière dont on sollicite aujourd'hui la bienveillante recommandation d'une personne influente, leur intervention devenait salariée sous les empereurs moins scrupuleusement attachés au maintien de la morale publique. C'est à ces derniers seuls que s'applique le mot d'Alexandre Sévère cité *infra* (note 111). Il faut donc se garder, pour ce qui est de la période impériale, de prendre notre terme en mauvaise part d'une façon absolue et constante. (Comp. Gothof., éd. Ritter, t. 3, f° 224, *col. sin.*)

(44) Nous trouvons, dans nos anciens auteurs, des définitions répétées de ce terme, qui ne laissent aucune espèce de doute sur cette acception. Ainsi, pour nous borner aux deux commentateurs du droit Romain, le plus justement célèbres dans l'école historique, voici ce que nous lisons dans Cujas et dans Doneau : « *Suffragium vocamus* », dit Cujas, « *favorem et opem, quam quis nobis præbet apud judicem obtinendæ alicujus rei caussa. Cyprianus dixit faventiam. Dicitur et suffragium pecunia, quæ datur ejus nomine*, L. ULT. INF. DE SILENT. » (Voy. *Jacobi Cujacii J. C. Tolosatis opera,*

présent aisé de le comprendre, soit de leur origine, en ce qu'elles étaient « l'imitation des données et largesses qui se faisoient au peuple pour obtenir son *suffrage* » (45), soit de leur but, en ce qu'elles constituaient, pour l'aspirant, un moyen de s'assurer « les avis et recommandations des Courtisans », avis et recommanda-

---

ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta, auctiora atque emendatiora in tomos IX distributa; editio altera Pratensis, Prati, MDCCCLIX-MDCCCLXXI, t. 7, col. 473, *De suffragio*, tit. III.) Il répète de même ailleurs (*Ad libr.* IV *Codicis; recitat. solemn.*, tit. III, *De suffragio*, t. 7, col. 704) : « *Suffragium dicimus favorem et opem, quam quis nobis præbet apud principem alicujus rei obtinendæ causa. Dicitur etiam suffragium alia significatione pecunia, quæ datur ejus intercessionis nomine*, L. ULTIM. DE SILENT. INF. LIB. XII. *ea forma, qua pactum accipitur interdum pro eo, quod datur pacti nomine*, L. 3. DE OBSEQ. PATR. et NOV. 120, *eadem forma, qua μίσθωμα significat non tantum conventionem de mercede pensionis, sed etiam pensionem ipsam.* Harmenop. 3. *Epitom.* » Enfin il écrit plus loin (t. 8, col. 464, *Novell.* VIII, *De Præsidibus*) : «... *Suffragium pecunia est quæ suffragatoribus aulicis datur promittiturve adipiscendi causa...* » Doneau, moins complet que son illustre rival, dit de son côté : « *Suffragium quid fuerit apud Romanos in Magistratibus a populo creandis in comitiis, vulgo etiam notum est. Hoc loco paulo generalius, eadem tamen significationis ratione, suffragium dicitur honorifica commendatio alicujus de aliquo, apud principem aut populum, ad honorem aut beneficium aliquod a principe vel populo obtinendum comparata.* » (Voy. *Hugonis Donelli jurisconsulti et antecessoris opera omnia.* — Florentiæ, ad signum Clius, MDCCCXL-MDCCCXLVII, t. 7, *Comment. in Cod.*, ad tit. III. lib. IV. C. *De suffragio*, coll. 627 et sq., 1.) Enfin, selon Godefroy : « *Suffragium est non modo auxilium, intercessio, commendatio, verum et præmium seu remuneratio, seu id quod suffragii nomine datur suffragatori, aut promittitur.* » (*Ad rubr.* tit. 29, lib. II, C. Th., éd. Ritter, t. 1, f° 252 (*b*); cf. *eod.*, *Paratit.*, et f° 253, *Commentar.*, col. sin. «... *pecuniamque*, [*quæ et ipsa inde suffragium dicta*]... » *Junge* Const. 5, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16, et Novel. VIII. — Comp. note 69.) — D'une manière générale, on peut dire, en s'inspirant de la constitution de l'empereur Théodose, dont il est question pages 314 et suiv., texte et note 60, et que nous analysons ci-dessous en détail, que le mot *suffragium* désigne tout ce qui est promis par l'impétrant au *suffragator*, en échange de son intervention, et non pas simplement les sommes d'argent. Cela résulterait, d'ailleurs, de ce que le mot *pecunia*, dont notre terme emprunte ici la signification, désignait toute espèce de choses *in commercio*. (LL. 178 pr., fr. Ulp., et 222, fr. Hermogen., *De verb. sign.*, D., L, 16 ; Const. 2 § 1, *De const. pec.*, C. Just., IV, 18 ; cf. LL. 5 pr., fr. Paul., 88 et 97, fr. Celsus, *De verb. signif.*, D.) Il avait notamment ce sens large, dans la *lex Cornelia* sur les cautions (Gaius, III, § 124), et il ne revêtait celui beaucoup plus restreint d'argent monnayé, *numerata pecunia*, que dans des cas rares, et lorsqu'on se trouvait en présence d'une matière exceptionnelle, comme par exemple de la prohibition du SC. Macédonien, du moins dans le dernier état du droit classique, et suivant l'opinion d'Ulpien. (L. 1 pr., *juncta cum* LL. 3 § 3, et 7 § 3, fr. Ulp., *De SC. Macedon.*, D., XIV, 6 ; le troisième texte cité révèle l'existence d'une discussion, facile à comprendre d'après ce qui précède, sur le sens précis de l'expression *mutua pecunia*, employée par le sénatus-consulte.)

(45) Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. I, n° 31.

tions qui s'appelaient *suffrages* (46). On alla même plus loin encore, et on finit par les adresser et les offrir à l'empereur (47), de qui dépendait la nomination, et Suétone rapporte à ce sujet que Vespasien, en particulier, ne se faisait pas scrupule d'accepter, et d'exiger sans doute au besoin, quand l'offre était trop tardive (48), quelques petites sommes, « *deformia lucra* », suivant le langage consacré (49), des candidats qui sollicitaient une place. Le même auteur nous apprend du reste, dans les passages indiqués note 50, qu'il ne reculait point devant la vente des honneurs, et ne redoutait nullement de se faire payer à lui-même le *suffragium* promis à ses courtisans. Il est vrai que cet empereur comprenait tout l'odieux de ces gains illicites, et qu'il cherchait à l'éclipser par des traits d'esprit (50). — Cette coutume pernicieuse se traduisit dans les mots, et on en vint à distinguer, dans la langue usuelle, deux sortes de *suffragia*, selon que la gratification était destinée aux courtisans ou à leur maître (51).

---

(46) *Id.*, *eod.*, liv. I, chap. III, n° 24.

(47) « ... *Et hoc etiam prætextu, id est, suffragiorum nomine a petitoribus honorum et administrationum ipsi etiam Principes pecuniam accipiebant...* », dit Cujas. (T. 7, col. 705, *in fine* comment. in tit. III *De suffragio*; cf. t. 8, col. 464, Novell. VIII, *in init. exposition.*)

(48) La seconde partie de notre proposition, envisagée dans toute sa généralité, n'est qu'une conjecture ; mais l'ensemble même, et notamment la première phrase de l'anecdote rapportée par Suétone dont nous transcrivons le texte note 50, nous paraît la rendre très-vraisemblable. (Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. I, n° 39.) Au surplus, l'avarice bien connue de Vespasien (Suet., *Vespasian.*, 16) la confirme pleinement.

(49) Suet., *loc. cit.*, note 50. — Comp. Gothof., *opp.*, éd. Ritter, t. 1, f°. 254, col. rect.

(50) « *Maxime tamen dicacitatem affectabat in deformibus lucris* », dit Suétone (*Vespasian.*, 23), « *ut invidiam aliqua cavillatione dilueret, transferretque ad sales. Quemdam e caris ministris, dispensationem cuidam, quasi fratri, petentem quum distulisset, ipsum candidatum ad se vocavit; exactaque pecunia, quantam is cum suffragatore suo pepigerat, sine mora ordinavit. Interpellanti mox ministro : « Alium tibi », ait, « quære fratrem : hic, quem tuum putas, meus est.* » (Cf. *id.*, *eod.*, 16.) On peut juger, d'après ce trait, que si Vespasien connaissait mieux la délicatesse que son successeur Marc-Aurèle, dont son biographe termine la vie en nous disant : « *Suffragatoribus non cito credidit, sed semper diu quæsivit, quod erat verum* » (Capitol., *M. Antonin.*, 29) ; à tout le moins était-il infiniment plus pratique ; c'était bien au détriment de la morale ; mais la bourse y gagnait : n'était-ce point assez ? — Comp. sur la vénalité de ce prince, Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. I, n° 30 *in fine*.

(51) Telle est du moins l'induction qu'il est permis de tirer d'un passage de Cujas, qui, après les mots cités à la note 47 *supra*, ajoute immédiatement : « ... *Quæ dicuntur*

L'importance de ce sujet nous fait une obligation de nous occuper sommairement des uns et des autres.

Nous partirons de ce principe, que ce trafic des fonctions, obtenues grâce à l'emploi des *suffragia*, devint, à différentes époques du Bas-Empire, général, public et légal.

Ce n'est pas à dire toutefois que certains empereurs de la décadence, antérieurs à Justinien, et à qui des princes vertueux, tels que Marc-Aurèle, par exemple, semblaient avoir légué de bons exemples (52), n'essayèrent pas des tentatives de réaction. C'est ainsi, notamment, qu'Alexandre Sévère annonça, dès son avènement, l'intention de réprimer le désordre et de réfréner les abus (53) ; que Constantin défendit à ses courtisans, sous une

---

suffragia δεσποτικὰ, *in jurejurando, quod præstatur ex Novella Justiniani* 8. » (Cf. *id.*, t. 8, col. 464, Novell. VIII *in init. exposition.*) Voy. en effet le *Jusjurandum quod præstatur ab his qui administrationes accipiunt*, lequel suit la Novell. VIII et où se trouve l'expression « ... *occasione dominici suffragii.* » Loyseau (*op. cit.*, liv. III, ch. I, n° 40), dont M. Durand (*op. cit.*, p. 16, n° 22) reproduit le passage, écrit à ce propos : « Ainsi donc il y eut en l'Empire Romain deux sortes de suffrages, *privatum scilicet suffragium, quod suffragatoribus aulicis dabatur : et Dominicum suffragium, quod Imperialibus rationibus inferebatur*, comme parle la Novelle 161... » Les mots *dominicum suffragium* n'émanent cependant pas d'elle, mais la pensée s'y trouve. (Comp. *eod.*, n° 42, et *infra*, note 156.) — Ces *suffragia*, véritable prix de la faveur payé par le candidat pour se faire pourvoir de la charge qu'il briguait, de cette faveur qu'il lui fallait quêter à tous les degrés et à tous les rangs, on doit bien se garder de voir en eux un prix de vente. (Comp. *infra, in fine* de ce §.) Il n'y avait là rien qui eût le caractère d'une aliénation consentie par le Prince, rien qui rappelât la *finance* de nos anciens offices, puisque les fonctions publiques n'en restaient pas moins à l'entière disposition de l'empereur, absolument libre d'en faire la collation à qui bon lui semblait. (Voy. M. E. Duval, *Des milices*, thèse pour le doctorat présentée à la Faculté de droit de Paris le 17 février 1875, p. 16; le même, *Des milices sous le Bas-Empire*, dans la *Revue gén. du droit*, 1877, pp. 43 *in fine* et suiv.) Nous signalerons plus loin les conséquenses lamentables d'un pareil système. (Voy. la fin du présent §.)

(52) Voy. *supra*, note 50.

(53) « *Honores juris gladii nunquam vendi passus est, dicens : Necesse est ut qui emit vendat. Ego non patiar mercatores potestatum : quos si patiar, damnare non possim. Erubesco enim punire illum hominem qui emit et vendit.* » (Lamprid., *Alex. Sev.*, 49 ; cf. 19.) Il ne faudrait cependant pas conclure de là que, sous cet empereur, les sollicitations pour autrui aient été inconnues ; ce qui prouverait au besoin le contraire, en dehors d'un passage déjà formel de son biographe (*id.*, *eod.*, 21), c'est que, comme nous le verrons bientôt (note 112), il punit de mort, rapporte le même auteur, une fraude très-simple que suggérait la vente du *suffragium* à des courtisans peu délicats. (Voy. texte, *infer.*) Ce qu'il est, dans tous les cas, bon de faire observer, c'est que la réforme dont nous parlons appartient à Alexandre et non à Septime Sévère, comme pourrait le faire croire un passage d'Aurelius Victor qui

peine déterminée (*certa mulcta*), d'accepter des présents de ceux qui voulaient se faire pourvoir de quelque charge (54), et qu'à la fin du quatrième siècle, et au commencement du cinquième, Arcadius, Honorius et Théodose rendaient quatre constitutions imbues du même esprit (55). Mais le règne du premier de ces princes fut trop court (222-235) pour que les quelques succès qui couronnèrent son essai de réforme pussent faire sentir leurs bienfaits, et, à sa mort, les fonctions publiques devinrent à nouveau la proie de l'intrigue et de la corruption (56).

écrit au sujet de ce dernier (*Epit.*, xx) : « *Hic* (Sept. Sev.) *nulli in dominatu suo permisit honores venumdari.* » Il y a là erreur ; car cette assertion ne se retrouve dans aucun autre historien. L'auteur de l'*Epitome* s'est trompé, croyons-nous, en attribuant à cet empereur ce que Lampride raconte avec plus de raison d'Alexandre Sévère, et ce qui est du reste en parfaite harmonie avec le caractère et la manière de faire de ce prince.

(54) « *Ab honoribus mercandis per suffragia vel qualibet ambitione quærendis certa mulcta prohibuit* », dit l'empereur Constantius, en parlant de Constantin. (Const. 2, *De honorar. codicill.*, C. Th., VI, 22. Cf. Const. 1, *eod.)* MM. Durand *(op. cit.*, p. 17, note 2) et Dalloz *(Rép.*, mot OFFICE, n° 4) citent par erreur après Loyseau (*op. cit.*, liv. III, chap. I, n° 32), à l'appui de la proposition émise au texte : « Code Théod. *De muner. et honor. l. Ad hon.* » Nos recherches n'ont pas abouti à nous faire découvrir ce texte. Ils y joignent : « Code Just. *De præfect. Dignitat.* (lisez : *De perfectiss. dignit.*, XII, 33) *l. Unica* » ; mais cette Constitution est attribuée à Justinien et non à Constantin. Comp. *infra*, note 155. Voy., en ce qui concerne les essais de réforme de ce dernier empereur, touchant l'objet qui nous intéresse, Gothof., *Ad Const.* 1, *De honorar. codicill.*, et *Ad Const.* 4, *De accusat. et inscript.*, C. Th., IX, 1 ; éd. Ritter., t. 2, foll. 117 et suiv. ; t. 3, foll. 7 et suiv. Le mal survécut à Constantin, et ses enfants (337-361) durent s'occuper aussi de le réprimer. La Constitution 2 précitée, *De honor. codicill.*, et la Const. 3, *eod.*, de Constance, en sont le témoignage, ainsi que la Const. 6, *De dignitat.*, C. Just., XII, 1, émanée de ses deux autres fils, Constantin II et Constant Ier. — Cf. aussi la Constit. 4, *De curios.*, C. Th., VI, 29, adressée par Constance aux *Agentes in rebus*, en 359.

(55) Constt. 1, 2, 3 et 4, *Ad leg. Jul. de amb.*, C. Th., IX, 26. Tribonien a fondu en une seule les Constitutions 2 et 3, dont il a fait, au Code de Justinien, la Const. unic., *Ad leg. Jul. de ambitu*, IX, 26. (Gothof., éd. Ritter, t. 3, f° 226, *notæ* (*a*) et f° 227, *notæ* (*a*).) La première et la quatrième sont absentes de ce recueil.

(56) C'est ce que prouvent les répressions multipliées qui furent législativement édictées par ses successeurs et dont il est question au texte et dans les notes précédentes ; c'est enfin ce dont feront bientôt foi les deux Constitutions de Julien et de Théodose, dont nous nous occupons p. 309, note 58, et pages suivantes. — Comme on le voit, la vénalité des charges fut une des plaies les plus sérieuses de la société du Bas-Empire ; la grandeur du mal peut se mesurer aux tentatives si souvent répétées, mais toujours infructueuses, faites par les empereurs pour en arrêter les progrès. Ce qu'il y eut de pis, c'est que non-seulement le mal persista et que le trafic continua, en dépit des prohibitions dont ils furent atteints, mais c'est qu'il fut encore facilité, ainsi que le remarque judicieusement M. Duval (*op. cit.*, p. 20), par ce fait que l'empereur conféra

Quant aux efforts de ses successeurs (57), ils n'ont été que passagers et vains, parce qu'ils ont toujours été isolés. Il furent, en effet, comme stérilisés par les mœurs d'abord, toujours rebelles aux lois qui les entravent, et dont le courant est souvent plus fort que leurs prescriptions, puis par des innovations législatives elles-mêmes, qui vinrent les enrayer et en paralyser l'action moralisatrice, et sur lesquelles il convient à présent d'insister quelque peu. Ceci nous amène directement à parler des *suffragia* qui s'adressaient aux courtisans (58).

à certains officiers la nomination à des fonctions déterminées. Ainsi on voit dans une Constitution de l'an 439, dont il sera parlé note 146 (Const. 6, *Ad leg. Jul. repet.*, C. Just., IX, 27), qu'à l'époque de Théodose II et de Valentinien, le Préfet du Prétoire avait le droit de nommer à la charge de gouverneur de province. Et comme l'écrit fort exactement M. Duval : « Avec un contrôle moins sévère, la corruption devient plus aisée, et l'on voit la vénalité gagner ainsi toute l'administration », dont on peut dire que le réseau enserre et étreint alors jusqu'aux moindres parties de l'empire.

(57) Voyez *supra* les notes 54 et 55.

(58) Voyez sur ce sujet Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. I, nos 29 et suiv. Comp. aussi M. Duval, *op. cit.*, pp. 17 *in fine* et suiv. — Deux Constitutions importantes, que nous analysons avec soin au texte, qui forment au Code Théodosien le titre 29 du liv. II, sous la rubrique générale « *Si certum petatur de suffragiis* », et dont la seconde *seule* est reproduite au Code de Justinien (Const. unic., *De suffragio*, IV, 3), sont relatives à cette matière ; mais on est loin d'être d'accord sur le caractère de la dernière.

Pour Godefroy, la première aurait trait aux *suffragia honorum*, l'autre aux *desideriorum suffragia*. De là, la variation de forme dans la rubrique qu'il met en tête de chacune de ces Constitutions : *Ob* HONORVM *suffragium ante hoc Edictum data, repeti vel invadi rursum vetat Julianus Imp.*, dit-il au sujet de la première ; *De* DESIDERIORVM *suffragiis : seu de promissione, vel traditione suffragatori facta ob desideria apud Principem explicanda, Theodosii M. constitutio*, écrit-il à propos de la seconde.

Nous regrettons de nous trouver ici en complet désaccord avec le grand jurisconsulte qu'on peut appeler l'oracle du Code Théodosien.

Pour nous, ces deux lois ont en vue le même objet, et l'une comme l'autre se rapportent aux *suffragia honorum*.

A l'appui de notre assertion, nous invoquerons en premier lieu les faits historiques, ainsi que le témoignage des contemporains de Théodose le Grand (378-395), de qui émane la Constitution 2, et l'aveu plus précieux encore de Godefroy lui-même, sauf à faire peser sur lui le reproche d'une contradiction.

Et tout d'abord, on sait qu'à l'époque où fut rendue cette Constitution (394), ceux qui avaient quelque faveur à demander au prince, avaient coutume de se servir de l'intervention, de l'intercession, des recommandations des personnages qui jouissaient près de lui d'influence et de crédit. Cet usage fut, paraît-il, très-fréquent, et on le poussa même jusqu'à l'exagération : nul n'ignore qu'une des plus grosses hontes de ce siècle est d'avoir transmis à la postérité les trop nombreux exemples de gens à qui l'autorité prépondérante de quelque courtisan, bien plutôt que leurs propres mérites, ouvrait l'entrée de la cour et obtenait les plus hauts postes de l'Etat, postes

En ce qui les concerne, l'un des successeurs de Constantin,

---

qui, une fois conquis par leur or, leur permettaient de livrer libre carrière à leurs déprédations. Cet état de choses ne fut pas, il est vrai, spécial au temps de Théodose, et à la fin du second siècle, pour ne pas remonter plus haut, sous Commode (180-192), le nom de Cleander, ce misérable successeur de Perennis, est demeuré célèbre dans l'histoire de la vénalité. (Lamprid., *Commod.*, 6.) Celui de l'empereur, du reste, pourrait aisément lui servir de parallèle. (*Id.*, *eod.*, 14.) Mais tout ce que nous désirons constater, c'est qu'au quatrième siècle, les faits n'avaient point changé, et qu'ils nécessitèrent encore au cinquième (en 439) une importante Constitution de Théodose le Jeune et de Valentinien (Const. 6, *Ad leg. Jul. repet.*, C. Just., IX, 27), sur laquelle nous aurons à revenir. (Voy. *infra* note 65 *in fine*, et surtout *infer.*, texte et notes 146 et suiv.)

En ce qui concerne plus spécialement le trafic des *honores*, soutenir qu'il avait disparu à l'époque de Théodose le Grand, serait se faire donner un démenti formel par Julien d'abord (361-363), auteur de la Constitution 1 ; par Ammien Marcellin (XX, 5) et par Mamertin (*Gratiar. act.*, cap. 21), qui constatent tous deux sa première tentative de réforme (voy. note 66) ; par le même Amm. Marcellin ensuite, qui mentionne la loi précitée (voy. note 68), et enfin par Claudien, poète contemporain de Théodose, qui écrivait précisément au sujet du gaulois Rufin, ce honteux représentant de la préfecture d'Orient, ce misérable imitateur de Verrès sous la République — (« *Ecqua res apud civitates Siculas expetitur, in qua aut honos aliquis sit, aut potestas, aut procuratio, quin eam rem tu ad tuum quæstum, nundinationemque hominum traduxeris ?* », lui dit Cicéron, dans une véhémente apostrophe ; *In Verr.*, act. II, lib. II, cap. 48, 120), — ce triste courtier d'honneurs à qui l'empereur adressait sa Constitution :

« *Ilicet ambitio nasci, discedere rectum,*
« *Venum cuncta dari ; profert arcana, clientes*
« *Fallit, et ambitos a principe vendit honores....* »

(*In Rufin.*, 1, vers 178 et suiv.) « *De quo ipso vide* », dit Godefroy (éd. Ritter, t. 1, f° 256, *Comment.*, col. rect.), « *et quæ* Zosimus *initio lib.* 5. *et quæ indicat* Synesius *de regno* pag. 30. *Ut omittam quæ alii scribunt, de venalibus hac Theodosii tempestate provinciis et Magistratibus.* » Jamais peut-être le marché aux honneurs ne vit tant de clients ; car l'usage de ce commerce des *suffragia* qui, d'un côté, subit une recrudescence après Julien, sous Valentinien I en Occident (364-375), mais se vit d'autre part bientôt réprimé (Ammian. Marcell., XXX, 9), et dont Valens en Orient (364-378) avait su arrêter la funeste ardeur (Amm. Marcell., XXI, 14 *in init.*), y reprit, sous le règne de son successeur, une nouvelle intensité, subissant en cela le sort de ces mauvaises herbes qui renaissent plus vigoureuses, tant que le bras du faucheur a épargné leurs racines. Saint Jean Chrysostome l'affirme dans son *Orat. 16 ad pop. Antiochenum* (num. 3, p. 164, t. 2 *Opp.*, edit. Benedictin.), et Zosime n'est pas moins formel. (IV, 28. — Cf. Const. 16, *Si certum petatur*, C. Just., IV, 2, et Const. 6 précitée, *De dignitat.*, *eod.*) Ce dernier auteur, dont il est fort curieux de rapprocher les passages traduits dans la *Biblioth. lat.-fr.* de Panck. (t. 208, p. 501, note 50) du pompeux éloge que fait de Théodose Aurelius Victor (*Ep.*, 48), parce que les deux portraits sont loin de se ressembler, ce dernier auteur, disons-nous, doit être considéré comme d'autant moins suspect, quoi que semble en penser Loyseau (*op. cit.*, liv. III, ch. 1, n° 35 ; comp. *infra*, note 145), que Claudien le confirme à plusieurs reprises dans ses invectives contre Eutrope, ministre de l'aîné des fils de Théodose, Arcadius. (Voy. lib. I, vers 196 sqq., et lib. II, vers 584 sqq.) C'est d'ailleurs un fait connu de tous que, si ce fléau persistait toujours sous les enfants de Théodose, et que, si

Julien l'Apostat (361-363), en refusant d'accorder une action aux

---

même au début du règne d'Arcadius, Rufin trouva moyen d'en développer encore les germes pourtant si vivaces (Zosim., lib. V, *in init.;* Synes., *Ad Arcad. de regno*, p. 30, éd. Petau ; Claudian., *In Ruf., passim*), ces princes cherchèrent de nouveau à tarir la source de ce négoce (Claudian., *De tertio consul. Honorii Aug. paneg.*, vers 182 sqq.), et édictèrent des peines sévères pour arriver à leur but. En Orient, la Const. I d'Arcadius, *Ad leg. Jul. de amb.* (C. Th., IX, 26), à laquelle la vénalité d'Eutrope a donné naissance (voy. Claudian., *In Eutrop., locc. sup. citt.;* Zosim., V, 9 ; S. Jean Chrysost., *passim*) ; en Occident, la Const. 16, *Si cert. petatur* (C. Just., IV, 2) d'Honorius, qui fut secondé dans son œuvre par le vandale Flavius Stilicon (Claudian., *De laudib. Stilich.*, II, v. 111 et suiv.), sous la tutèle de qui son père l'avait placé, en sont une preuve irrécusable. La Constitution 6 précitée de Théodose le Jeune (*Ad leg. Jul. repet.*, C. Just.) poursuivit encore le même but. Nous verrons même au sixième siècle Justinien tenter un suprême effort pour abolir la vénalité des *suffragia honorum*, tant de fois réprimée avant lui ; mais nous constaterons derechef le peu de succès de ses prohibitions. (Voy. *infra, in fine* de ce §, notes 155 et suiv.)

Et maintenant, quelle autre conclusion pourrait-on tirer de l'ensemble de ces observations, sinon que sous Théodose le Grand, la plaie était encore loin d'être cicatrisée, et que jusqu'aux Novelles de Justinien (voy. *infra*), pour ne pas aller plus loin, il n'y eut que des tentatives de réformes qui n'aboutirent pas ? (Comp. *infra*, note 65.) — Cependant, Godefroy, qui a constaté tous ces faits dans ses observations préliminaires sur la Constitution 2 (éd. Ritter, t. 1, f° 256, *Comment.* Cf. aussi *Commentar. ad Const.* 1, *eod.*, f° 254, col. sin. ; voir *infra*, note 65), et qui les enregistre de nouveau dans son savant commentaire sur la Const. 1 *Ad leg. Jul. de amb.* (*eod.*, t. 3, foll. 223 et suiv.), ajoute immédiatement après le passage que nous avons cité à la page précédente (t. 1, f° 256, *Comment.*, col. rect.) : « *Et de his tamen honorum suffragiis, seu de honoribus et suffragatoribus per suffragia mercandis hæc lex accipienda non videtur : de quibus fuit* LEX 1. SUP. *et nos plene diximus* AD L. 1. INF. AD LEG. JUL. DE AMBITU. *Et certe, quod secundo loco hic præmonendum, de* DESIDERIIS *nominatim explicandis atque in id suffragiis, et suffragatoribus,* HAC L. *agitur ; ac proinde* IN H. L. *objectum suffragiorum sunt* DESIDERIA, *non ambitus honorum.* » De même, auparavant, dans une des excellentes notes dont il a fait précéder son commentaire, il avait dit, à propos du mot *suffragium* : « SUFFRAGIUM *hic est commendatio, intercessio, auxilium* (Cf. *in Glossar. nomic. Codic. Theod. idem verbum*, 1), *favor quem quis alteri præbet alicujus rei obtinendæ causa*, (*non tamen honoris in sp.* HUJUS LEG. *ut mox dicam*), PRÆSIDIUM *dicitur* (a) *Lampridio*, IN V. ALEXANDRI SEVERI C. 36. » (*Eod.*, f° 255, *notæ* (*e*). Voy. *infra*, note 112.) — Et plus bas il ajoute au nombre des six conséquences qu'il tire de la théorie qu'il a exposée : « *Patet quarto, non esse hanc* LEG. *accipiendam, quod multi male opinati sunt, de* HONORUM SUFFRAGIIS, *de quibus fuit* LEX SUPER. *ut recte jam monuere* ALCIATUS, CUJACIUS, DUARENUS, ROBERTUS : *et vel sola vocis* DESIDERIORUM *proprietas refutat, et quod nulla hic Magistratuum, seu Judicum mentio fiat, vel ambitus eorum, tandem et dispositio integra scopusque hujus leg.* » (*Eod.*, f° 259, col. sin.) — Aucune de ces raisons ne nous paraît satisfaisante ; car s'il est vrai que notre Constitution ne porte pas plus mention des *magistratus* et des *judices* que de l'*ambitus* dont ils pourraient se rendre coupables, il n'en demeure pas moins certain d'une part que la loi de Julien vise manifestement les *suffragia honorum* — (le mot *militia* = *honores* ou *dignitates* et *officia*, employé par l'*interpretatio* visigothe de cette loi, l'indique ; — Cf. Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 253, *notæ* (*d*), et *eod.*, *in init. Commentar.*), — alors que cependant elle garde le même silence à ce point de vue, ainsi que l'*interpretatio* dont elle est suivie, et que, de l'autre, Théodose, en parlant d'une manière très-générale de ceux par l'intervention

fonctionnaires qui les avaient acquittés avant leur nomination,

---

desquels nos souhaits se réalisent, ou, si l'on préfère, nos requêtes ou nos placets sont favorablement accueillis, peut fort bien avoir en vue ceux qui sollicitent pour nous *ad honores obtinendos*. En ce qui touche à présent l'ensemble des dispositions et le but de notre loi, nous ne voyons pas bien en quoi ils peuvent s'opposer à notre interprétation, d'autant plus qu'elle nous paraît cadrer à merveille avec son esprit même et avec celui du titre 29, dont on brise inévitablement l'harmonie, si l'on soutient que les deux Constitutions dont il se compose ont chacune un objet différent. S'il en est ainsi, pourquoi les avoir rapprochées et réunies sous une même rubrique qui, à raison de sa généralité, ne serait, au fond, qu'une étiquette trompeuse ? Si cela était, pourquoi n'aurait-on pas fait, ce qui est loin d'être sans exemple, deux titres distincts, composés chacun d'une Constitution unique ? Concluons donc de ces faits, sinon à l'unité de but poursuivi et à la similitude d'esprit quant aux décisions prises, du moins à l'homogénéité de la matière traitée. Ce qu'on nous paraît être légitimement en droit d'induire de la rubrique qui ne distingue pas, et qui du reste a subi l'influence visible du changement de législation, opéré lors de la rédaction de la Constitution 2, c'est qu'il y a identité de sujet dans les deux lois auxquelles elle sert d'en-tête. — Mais il y a mieux; nous avons recherché dans Cujas, que Godefroy range au nombre des partisans de son système, les motifs de son adhésion à cette doctrine; et, bien loin de le trouver contraire à notre théorie, nous avons été surpris d'y lire exactement ce que nous venons de dire : « *Loquitur autem lex generaliter de eis, quorum intercessione nostra desideria implentur.* ERGO LOQUITUR ETIAM DE HIS, QUI NOBIS SUFFRAGANTUR AD HONORES OBTINENDOS. » (Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 705; cf. t. 8, col. 101.) Doneau (*Opp.*, t. 7, coll. 627 et seq., 1; voy. aussi coll. 630 *in fine*, 5, et 631, 6 *in init.)* et Pancirole cité par Godefroy (*ubi supra*, f° 258, col. rect.) ne sont pas moins formels en notre sens. — Quant à la signification propre du mot *desideria*, nous avouons ne pas en connaître d'autre que celle indiquée plus haut : pour nous, ce terme veut dire prière, requête ou placet; et ce qui prouve que nous sommes dans le vrai, c'est que l'empereur Gordien nous a laissé l'interprétation de ce mot : « *Errores eorum, qui* DESIDERIA, *id est* PRECES *scribunt...* », dit-il. (Const. 2, *De error. advocat.*, C. Just., II, 10.) Godefroy lui-même écrit autre part : « DESIDERIA, L. *6. 7. 8. 9. 12. 16.* DE LEGATIS. LIB. XII. T. XII. L. *9. 66.* (cette dernière loi est mal citée) DE DECURIONIBUS, *sunt, quæ in communi* CONSILIO *civitatis, Provinciæ, Diœcesseos, a Principe postulari convenerat : legatisque ad Principem missis tradebantur. Si qui* DESIDERIA *sua explicare cupientes, ferri sibi a quoquam suffragium postulaverint, etc.* L. *2.* SI CERTUM PETAT. DE SUFFRAGIIS. LIB. II. T. XXIX. *Eodem sensu* Sueton. *August.* cap. 5. (Cette citation est fausse.) *Tanta comitate adeuntium* DESIDERIA *excipiens*, etc... » (Voy. *Glossar. nomic. Codic. Theodos.*, v° DESIDERIA, 1. Cf. les deux autres sens indiqués à la suite.) D'ailleurs, l'objection tirée de la signification technique du mot *desideria*, tel que nous venons de voir Godefroy lui-même l'entendre, disparaît, quand on observe la façon dont débute notre Constitution : « *Si qui, desideria sua explicare cupientes, ferri sibi a quoquam suffragium postularint...* » (Sur le sens du mot *explicare*, qu'on peut traduire par développer, voy. Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 257, col. sin. *in init.)* Peut-on affirmer sans témérité, en présence d'une semblable généralité, que le terme litigieux repousse toute application aux *honores*, et qu'on ne peut par *cupere desiderium suum quodlibet* (puta : *ob honorem aliquem obtinendum*) *apud Principem explicare*, et *ferri sibi a quoquam suffragium ad eum honorem obtinendum postulare ?* Godefroy ne cite-t-il pas lui-même *(ubi supra)* un passage de Symmaque (lib. X, ep. 15), où se trouve employée la locution *desideria honorum ?*

Reste maintenant une difficulté à prévoir et à écarter. Comment expliquer l'absence,

rendit de la sorte impossible toute répétition (59)*; mais, peu de

dans le Code de Justinien, de la loi de Julien, et la présence, dans ce recueil, de la Constitution de Théodose ? De deux manières, répond Godefroy à diverses reprises (*ubi supra*, f° 254, col. rect., et f° 259, col. rect.) : d'abord, parce que l'édit de Julien n'était que transitoire et statuait sur le passé, et qu'ensuite Justinien a prohibé les *suffragia honorum*. Il est évident que si cette seconde raison était aussi strictement exacte que la première, la Constitution de Théodose n'aurait pas pour objet celui que nous avons indiqué. Mais il suffit de remarquer que c'est seulement par la législation des Novelles que Justinien a fait disparaître les *suffragia honorum* (voy. Novel. VIII, cap. 1; cf. capp. 7 et 14 *in init.*, et Novel. XXIX, cap. 2; cf. la Novel. de Tibère II, 578-582, qui forme la CLXI° dans la compilation de Justinien), l'ἀργυρολογία τῶν ἀρχῶν, selon les expressions de la Novelle VIII. Donc le trafic des *honores* existait auparavant. La constitution unique *De perfectiss. dignit.* (C. Just., XII, 33) le prouve bien, en déclarant indignes de jouir des *codicilli perfectissimatus*, c'est-à-dire d'acquérir le titre de *perfectissimus*, ceux qui se seront acheté un *honor venali suffragio*. Dès lors, on conçoit sans peine la subsistance de notre texte au Code de cet empereur. Il suit de là que Godefroy se serait rendu coupable au moins d'une exagération, si on entendait d'une façon absolue, c'est-à-dire comme se référant au commencement même du règne de ce prince, ce qu'il écrit (*ubi supra*, f° 254, col. rect.), à savoir que : « *nec suffragiis his* (honorum) *tum* (sous Justinien) *ullus locus fuit.* » Si cela avait été vrai de tout temps sous Justinien, les Novelles dont nous venons de parler, et que Godefroy n'a pas omis de mentionner dans son commentaire sur nos deux constitutions, eussent été dénuées de portée et de sens. (Comp. *infra*, note 69.)

Quant à la disparition de la loi de Julien, elle se comprend très-bien dans notre système, en ce que, d'un côté, elle n'était que transitoire, *temporaria tantum*, et envisageait le passé, comme le dit Godefroy, et que, de l'autre, elle regardait comme illicite une convention que Théodose a, suivant nous, légitimée, et que Justinien a tolérée jusqu'à ses Novelles. (Cf. D. Gothof., *Ad Const. unic.*, *De suffragio*, C. Just., éd. des Elzévirs, Lug. Batav., 1663.)

Est-ce à dire qu'il faille tirer de notre Constitution cette conséquence, que les *honores* étaient vénaux et qu'on pouvait en faire commerce dans le sens propre du terme ? Nullement. Et nous savons déjà que pareille vente tomba sous le coup de nombreuses prohibitions. Mais si l'on tenait pour immoral d'acquérir directement les *honores* moyennant finance, on ne raisonnait pas avec cette rigueur, mises à part certaines exceptions signalées pp. 307 et suiv., quand il s'agissait d'y arriver grâce aux mêmes procédés sans doute, mais en prenant des voies détournées, c'est-à-dire quand il n'était question que de rémunérer les bons offices de ceux qui mettaient leur crédit au service des compétiteurs de charges ou emplois honorifiques. Et c'est là, pour nous, tout ce à quoi se résume la Constitution de Théodose : elle permet d'acheter l'influence d'autrui pour obtenir un *honor* que l'on désire. En d'autres termes, s'il ne s'agit pas, il est vrai, dans cette loi, du trafic direct des *honores*, à tout le moins y est-il question, pensons-nous, des requêtes *ad honores obtinendos*. Tel est bien aussi le sentiment de Cujas, qui poursuit par ces mots, après le passage ci-dessus relaté, p. 312 : « *An igitur colligemus ex eo* HONORES MERCARI LICERE ? *Minime. Id enim jure est vetitum*, L. PENULT. SUP. TIT. PROX. L. ULT. INF. AD LEG. JUL. REPETUND. (Const. 16, *Si cert. petat.*, C. Just., et Const. 6, *eod.*, IX, 27.) *Et ut Theodorus Lector scribit* LIB. I. HIST. ECCLESIAST. *jam olim Marcianus et Anastasius Imperatores id vetuerant. Quales sunt nobis constitutiones D. Ludovici et Caroli V. At non licet quidem ex professo pro honoribus, iis quorum judicio promovemur, id est, qui deferunt honores, puta Principi, vel Præfecto prætorio, pecuniam dare venditionis titulo,*

* Voir note 59, page 315.

temps après, Théodose le Grand (378-395), revenant sur la constitution de Julien et abandonnant l'esprit qui l'avait dictée, créa

---

vel etiam donationis, vel alio. Turpe est pro honore ex professo dare pecuniam ei, qui honorem defert quoquo titulo, DICT. L. ULT. *At per suffragii causam, quod quis nobis suffragandi studium navarit in honore petendo, aliquid rependere licet pro opera, et dati non tantum repetitio non est, sed etiam promissi, et non dati exactio est...* » (Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 705.) Nous ajouterons toutefois avec Cujas, que tolérer la convention que Théodose autorisait, c'est-à-dire admettre la vénalité des *suffragia honorum*, c'était au fond presque permettre de trafiquer des *honores* eux-mêmes, opinion que l'on peut légitimement induire de ces mots de la Constit. unic. *De perfectiss. dignit.* (C. Just., XII, 33) : «... *Nec sibi honorem venali suffragio emerint.* » Aussi bien approuverons-nous, avec lui, l'abrogation de sa Constitution. (Voy. le passage cité *infra.*)

Ceci nous conduit directement à dire que l'intérêt qui s'attache à se prononcer sur la situation réelle qu'a régie la loi de cet empereur, n'est pas purement spéculatif : il offre encore une certaine importance pratique, et, selon qu'on adoptera la doctrine de Godefroy, ou la nôtre, deux conséquences inverses en résulteront :

Si, en effet, notre Constitution a trait aux *suffragia desideriorum*, il faudra, en premier lieu, dire avec Godefroy que, loin d'avoir en vue l'intérêt des courtisans ou gens de cour (*aulici, palatini*), comme nous le croyons, elle témoigne avant tout du désir de réprimer leur cupidité. « *Patet secundo* », dit l'illustre jurisconsulte (*ubi supra*, f° 258, col. rect.), « *perperam a Duareno* 2. DISP. CAP. 21. *Aulicam vocari: quasi in Aulicorum gratiam latam : imo enim Aulicorum cupiditati cohibendæ lata magis ea fuit.* » (Cf. f° 256, *in init. Commentar.*, et *infra* note 132.) Cependant nous avons vu, p. 311, que Duaren suivait l'opinion de Godefroy. Lui-même, tout en restant toujours fidèle à son système, se voit parfois contraint de reconnaître, comme nous, une idée de faveur dans la Constitution de Théodose, ainsi que le prouvent les termes dont il se sert. (Voy. le passage cité *infra*, note 113 *in fine.*) Ce que nous regardons comme vraiment exact, c'est de dire que l'empereur tempère et limite cette faveur par les conditions auxquelles il en subordonne l'effet, et que notamment, par la seconde qu'il impose (voy. texte, *infer.*), il élève un rempart contre la soif trop ardente des richesses de la part des *suffragatores*. Mais à nos yeux, ces conditions n'imposent en aucune façon l'obligation de considérer la Constitution dont s'agit comme procédant d'un esprit de discrédit.

En second lieu, il faudra admettre avec le même interprète que les Novelles précitées de Justinien et du successeur de Justin II (565-578), qui prohibent les *suffragia honorum*, n'ont pas abrogé notre loi, ce dont Godefroy dit qu'il faut se féliciter. (Voy. Gothof., *eod.*, f° 259, col. sin. *in fine*, et col. seq.) Tel n'est pas encore notre sentiment, pas plus que ce n'était l'opinion de Cujas, à qui Godefroy reproche ici une erreur : ce serait en effet une contradiction, si Cujas avait partagé la théorie de son censeur ; mais nous croyons avoir démontré que, malgré l'affirmation de ce dernier, il n'en était rien (voy. *supra* p. 312) ; de telle sorte qu'il n'est que logique, en écrivant à la suite du passage cité, note 51 : « *At hoc totum sustulit ea Novell. 8, ut* JUDICES SINE QUOQUO SUFFRAGIO, *id est, datione, et Novell. Tiberii, quæ est 161. inter Novellas Justinianeas : eis Novellis generaliter constituitur, ne quid a magistratibus detur suffragii nomine, vel suffragatoribus, vel etiam, ne quid publicis rationibus inferatur. Itaque abrogata est hæc lex : et merito : nam hoc est propemodum mercari honores, et provincias, sed tamen hujus rei cognitio est valde necessaria.* » (Cujac., *Opp.*, t, 7, col. 705. Cf. *eod.*, col. 473, et t. 8, col. 101. Voy. aussi Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. 1, n° 42.)

contre eux, dans une loi célèbre (60), une arme offensive, et donna au *suffragator*, pour exiger le paiement des *suffragia*, dans le cas où ils n'avaient été que promis, une *condictio certi pro suffragio* (61).

Il est intéressant, à plus d'un titre, d'étudier la base et le fondement de cette nouvelle législation, et, concentrant plus spécialement nos soins sur l'étude de la constitution de Théodose, de rechercher à quelles conditions était subordonné l'exercice de la *condictio* qu'elle accordait au *suffragator* (62).

Un troisième intérêt à se prononcer dans un sens ou dans l'autre a trait à la nature de l'action, comme on le verra *infra*, notes 116 et suiv.

(59) Amm. Marcell., XXII, 6; Const. 1, *Si cert. petat. de suffrag.*, C. Th. Voy. aussi l'*interpretatio* de cette Constitution. — «.... *Memorat.... hanc leg. Ammianus Marcellinus* LIB. 22. C. 6. *et ad ejus historiam pertinet quæ Libanius scribit*, ORAT. 7. AD JULIANUM IMP. PRO ARISTOPHANE P. 222. 223. ED. MORELL. », dit Godefroy (t. 1, f° 253, *notæ* (*a*); cf. *eod.*, f° 254, col. sin. — Comp. *infra* note 68). « *Quod autem datum est pro suffragio ei* », dit à son tour Cujas, « *cujus interventu aliquid impetravimus a principe, ejus non est repetitio*, L. 1. COD. THEOD. EODEM. *Lex lata fuit a Juliano ne quis repeteret quod dedisset suffragatori. Ammianus Marcellinus, libro* XXII. LEX EST PROMULGATA, *inquit*, QUA CAVETUR, NULLUM INTERPELLARI SUFFRAGATOREM SUPER HIS QUÆ EUM RECTE CONSTITERIT ACCEPISSE. » (Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 705 *in init.* Cf. *eod.*, col. 473.)

(60) Const. 2, *Si cert. petat. de suffrag.*, C. Th., II, 29; Const. unic., *De suffrag.*, C. Just., IV, 3.

(61) Nos anciens interprètes l'appellent aussi *condictio si certum petatur de suffragio*. (Voy. notamment Cujas, *Ad libr. IV Codic. Recitat. solemn.*, tit. III. *De suffragio*; t. 7, col. 704.) La rubrique du titre du Code de Justinien autorise cette terminologie, de même que celle du titre du Code Théodosien. Un simple intérêt de brièveté légitimera la nôtre. — Cujas, en abordant le titre 3 du liv. IV au Code de Justinien, fait la remarque suivante : « *Jam habuimus unam actionem, si certum petatur, de reb. cred. fuit et alia actio si certum petetur de chirographis, cum quis ex chirographo convenitur, quasi mutuam pecuniam acceperit, licet non acceperit, quam tamen se caverit accepisse, de qua in* L. ULT. TIT. SUPER. L. 1. *et* L. 89. D. DE SOLUT. (XLVI, 3.) *Est etiam alia actio si certum petatur de suffragio, de qua hic titulus est, qui ita insertus est eidem Codici de suffragio, si certum petatur.* » (Cujac., *Opp.*, t. 8, col. 101.) Godefroy, de son côté, dans les observations préliminaires dont il fait précéder son commentaire sur le titre du Code Théodosien, *Si certum petatur de chirographis* (II, 27), nous dit : « *Certum petebatur variis ex causis et obligationibus : inter alias.* 1. *ex pecunia fœnori data.* 2. *mutuo data.* 3. *vel ex alio quolibet titulo, in literarum obligationem facta cautione translato, de quo insignis est sup. locus* L. 6. DE DENUNTIAT. VEL EDITIONE RESCRIPTI, *id est, in chirographum relato.* 4. *vel ex suffragio...* » (Gothof., *Opp.*, éd. Ritter, t. 1, f° 243 (*b*).) — Si le titre du Code de Justinien porte simplement pour rubrique *De suffragio*, cela tient à ce qu'il est précédé du titre *Si certum petatur*, auquel il fait une suite immédiate.

(62) Si nous rapprochons ainsi l'une de l'autre la Constitution de Julien et celle de Théodose, c'est qu'elles doivent visiblement être comparées entre elles et combinées, pour peu que l'on veuille suivre la marche chronologique, et saisir la double théorie de

Pour se rendre un compte exact de la constitution de Théodose, il convient, nous semble-t-il, de prendre pour point de départ cette idée, que l'édit de Julien *ad populum* (63) n'a été qu'un essai de réforme malheureusement assez éphémère, et qu'une œuvre de très-courte transition.

Deux théories opposées se sont tour à tour trouvées en présence, dont la seconde finit, non sans peine, par triompher :

D'un côté, celle du trafic des *honores* et du commerce des *suffragia honorum*, qui a cours avant cet empereur, et qu'il condamne expressément, mais que, quelques années plus tard, Théodose ressuscite et confirme législativement ;

De l'autre, celle de leur non-vénalité, que Julien est impuissant à établir, mais que Justinien fera enfin prévaloir (64).

En d'autres termes, les deux lois de Julien et de Théodose contiennent, à nos yeux, chacune une innovation en sens inverse.

La constitution du premier de ces empereurs n'est qu'une confirmation des tendances particulières qui avaient animé, touchant le point qui nous occupe, certains de ses prédécesseurs (65) et

---

ces deux législations contraires, dont la seconde contient à nos yeux, d'une manière indéniable, la destruction et le renversement des principes contenus dans la première. Cujas avait d'ailleurs procédé de la sorte. (Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 705, et t. 8, col. 101.) Cette manière de faire, rendue déjà obligatoire au point de vue de l'enchaînement logique des idées et du développement historique du sujet, est en outre en quelque sorte commandée par la place même de nos deux textes, qui se suivent au Code Théodosien, et que commente côte à côte Godefroy par la force même des choses. — Il convient, au surplus, pour avoir une idée complète de la matière, de joindre aux textes précités les Novelles VIII et CLXI de la compilation de Justinien.

(63) « *Edictum istud est ad populum emissum* », dit Godefroy. (T. 1, f° 253, *notæ* (*b*).)

(64) Cela n'est pas à dire que, Phénix d'un nouveau genre, elle ne renaquit pas de ses cendres, après cet empereur (voy. texte, *infer.*) ; mais il faut bien nous arrêter au règne de Justinien, et alors notre proposition peut être regardée comme exacte, à partir de la Novelle VIII.

(65) Voy. pp. 307 et suiv. C'est à tort, selon nous, que M. Durand (*op. cit.*, p. 17) paraît considérer la constitution de Julien comme allant à l'encontre des idées de Constantin : loin d'en contredire le principe, elle ne fait que le renforcer en le sanctionnant, et les paroles de blâme qu'on y rencontre, témoignent encore d'un accord parfait de sentiments à cet égard. (Comp. le passage de Godefroy cité *infra*, note 68.) Sans nous arrêter au refus d'action en répétition pour les suffrages qui avaient été payés, et dans lequel on ne saurait, sous aucun prétexte, tirer d'objection contre nous,

qu'une continuation naturelle de la voie dans laquelle il était lui-même précédemment entré. Deux ans, en effet, avant l'apparition de notre loi, il avait déjà pris des mesures contre les *suffragia honorum* en déclarant avec fermeté, dans son allocution aux troupes qui venaient de le proclamer empereur à Lutèce, que désormais « pour toute promotion dans l'ordre civil ou militaire, le

---

puisque, ne fût-il pas commandé par un principe de droit sur lequel nous aurons à revenir (voy. *infra*, note 72), il se trouverait au besoin expliqué par les circonstances de fait toutes spéciales qui ont motivé cette constitution, et qui, déjà révélées par son propre langage, nous seront bientôt développées par Ammien Marcellin (voy. *infra*, note 68), nous n'invoquerons d'autre preuve à l'appui de notre assertion, que le témoignage personnel que nous fournit l'empereur Julien, dans les termes mêmes dont il se sert : « FŒDIS COMMENTIS, *quæ bonorum* (sous-entendu *virorum;* Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 253, *notæ* (*e*). Cf. Const. 1, *De honorar. codic.*, C. Th., VI, 22) *merito deferuntur, quidam occupare meruerunt, et, cum meruissent in republicæ quolibet pacto versari, repetendam sibi pecuniam, quam* INHONESTE *solverant, imprudentius atque* INHONESTIUS *arbitrantur : alii etiam, quæ tunc* (sous Constance; Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 253, *notæ* (*m*)) *donaverant vel potius projecerant* OB IMMERITAS CAUSSAS, *invadenda denuo crediderunt.* SED QUIA LEGES ROMANÆ HUJUSMODI CONTRACTUS PENITUS IGNORANT, *omnem repetendi eorum, quæ* PRODIGE NEFARIEQUE PROJECERINT, *copiam prohibemus*, etc... » ; paroles que Godefroy commente en disant : « *Inhonesta scilicet est honorum nundinatio, ἀργυρολογία τῶν ἀρχῶν. ut Justin. vocat* NOVELLA 8. *seu ut eleganter Julianus*, LEGES ROMANÆ HUJUSMODI CONTRACTUS PENITUS IGNORANT. *Ut omittam priscas leges Calpurnias, Julias*, etc. *quæ tamen non huc proprie faciunt* (Cf. Gothof., *Opp.*, t. 3, foll. 223 *in fine* et seq.) ; *ideo et Constantinus* L. 2. INF. DE HONORARIIS CODICILLIS (voy. *supra*, note 54).... *Pluresque adeo constitutiones hoc Codice eam in rem occurrunt, et ut ne honores vel gradus aliis debitos per suffragia alii emercentur.* » (Gothof., *Opp.*, t. 1, foll. 253 *in fine* et sq.) Cette dernière phrase (voy. aussi les deux passages cités plus bas) est remarquable ; elle contient en effet un aveu de Godefroy en faveur de notre thèse ; car, reconnaître, ainsi que le fait cet interprète, que diverses constitutions du Code Théod. sont dirigées contre le négoce des *honores*, c'est admettre que le fléau ne fut pas vaincu du premier coup ; souvent combattu, il a souvent repris naissance (comp. *supra*, note 58), et la loi de Julien fait naturellement aboutir à cette conclusion, puisqu'il se voit obligé de revenir sur une prohibition que son prédécesseur Constantin avait apparemment été impuissant à établir d'une façon définitive, et que lui-même avait déjà préparée, comme on le verra à la note suivante. — Quant aux deux premiers mots de notre texte, Godefroy (*eod.*, f° 254, col. sin.) nous donne à leur égard d'intéressants détails. (Cf. *infra*, note 70.) « FŒDA *ideo* COMMENTA *hac l. vocat quoque, cum ea* QUÆ BONORUM MERITO DEFERUNTUR, QUIDAM OCCUPARE MERENTUR (cf. *infra*, note 70); OCCUPARE MERENTUR, *id est, ut occupare possint, impetrant.* (Cf. *id.*, *eod.*, f° 253, *notæ* (*i*).) *Quare sæpius quoque deinceps ea res repressa prohibitaque ab Arcadio* L. 1. INFR. AD L. JUL. DE AMBITU...., *a Theodosio Jun.* L. ULT. COD. JUST. AD LEG. JUL. REPETUNDARUM : *et a Justiniano* NOVELLA 8. CAP. I. *a Tiberio altera* NOVELLA, *inter Justinianeas, 161. Adeo sæpe malum hoc inolevit, prout scilicet Principes libertis, Eunuchis, Palatinis suis obnoxii fuere : quod de Constantio testatur Ammianus Marcellinus, non uno loco ; et* LEX 3. INF. DE HONONAR. CODICILLIS : *et in partem quoque* LEX 5. COD. JUST. QUI TESTAM. FACERE POSS. (VI, 22.) *Imo Libanius*

seul titre serait le mérite personnel » (66); et, poursuivant ensuite le même but, lorsqu'il fut devenu seul maître de l'empire, après la mort de Constance, il édictait, en l'an 362 de notre ère (67), une constitution dont Ammien Marcellin nous indique la cause politique en même temps que le motif (68), et qui, statuant sur le

---

diserte, IN LEGATIONE AD JULIANUM, *Antiochensium nomine hoc anno ipso* PAG. 167. ED. MORELL. *scribit*, MAGISTRATUS SUB CONSTANTIO VENALES FUISSE. » Et plus bas (*eod.*, col. rect.), nous lisons encore : « *Ergo deinceps mercatura honorum et promotionum sæpe vetita, cum increbesceret : et quidem pœnis propositis. Tandem etiam cohibita, administrationum nominatim provinciarum nundinatio frequentissima sub Arcadio etiam, quod docet præter* L. 16. COD. JUST. SI CERTUM PET. *Synesius* EP. 72. IN FIN. *et Theodosio Jun. qui tandem* JUREJURANDO *proposito et exacto ab Administratoribus huic modo primus obviavit*, L. ULT. COD. JUST. AD LEG. JUL. REPETUND. *et post eam Justinianus* NOVELLA 8. »

(66) « *Imo et Julianus biennio jam ante hanc leg. latam*, » ajoute Godefroy à la suite du premier passage cité à la note précédente, « *eo ipso die, quo* PARISIIS *Augustus declaratus fuit, de honorum suffragiis, imo adversus ea, aliquid caverat : uti refert Ammianus Marcellinus*, LIB. 20. C. 5. *ubi Julianum ita loquentem inducit :* UT AUTEM RERUM INTEGER ORDO SERVETUR, PRÆMIAQUE VIRORUM PORTIUM MANEANT INCORRUPTA, NEC HONORES AMBITIO PRÆRIPIAT CLANDESTINA, ID SUB REVERENDA CONSILII VESTRI FACIE STATUO, UT NEQUE CIVILIS QUISQUAM JUDEX, NEC MILITIÆ RECTOR, ALIO QUODAM PRÆTER MERITA SUFFRAGANTE AD POTIOREM VENIAT GRADUM, NON SINE DETRIMENTO PUDORIS EO, QUI PRO QUOLIBET PETERE TENTAVERIT, DISCESSURO. *Sed et Mamertinus*, » ajoute Godefroy, « *hujus ipsius anni Consul, qui et huic l. subscriptus, ad Julianum ipsummet, et de eo sic scribit* IN GRATIAR. ACTION. *c. 21.* AT NUNC QUISQUIS PROVINCIAS, TRIBUNATUS, PRÆFECTURAS, CONSULATUS CUPIT, NIHIL NECESSE EST, PECUNIAM PER FAS ET NEFAS QUÆRAT, etc. » (Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 254, col. sin.)

(67) La *subscriptio* de cette Constitution porte qu'elle a été rendue aux kalendes de février. Godefroy, s'autorisant d'Anianus, et se fondant sur le témoignage d'Ammien Marcellin (XXII, 7 *in initio* : « *Allapso itaque kalendarum Januariarum die, cum Mamertini et Nevitæ nomina suscepissent paginæ consulares*, etc. »), pense qu'il faut corriger cette *subscriptio*, et au lieu de *Dat. Kal. Febr.*, restituer par : *Dat. Kal. Jan.* (Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 254, col. rect., *in fine* ; cf. *eod.*, f°. 423, *notæ* (*f*).)

(68) XXII, 6 : « *Per hoc idem tempus, rumoribus exciti variis Ægyptii venere complures, genus hominum controversum, et adsuetudine perplexius litigandi semper lætissimum, maximeque avidum multiplicatum reposcere* (cf. *id.*, *eod.*, cap. 16 *in fine*, où l'auteur dit : *Homines autem Ægyptii plerique... sunt... controversi, et reposcones acerrimi), si compulsori quidquam dederit, ut levari debito possit, ... Hi omnes densati in unum, Principem ipsum, et Præfectos Prætorio gracculorum more strepentes interpellabant incondite, modo non ante septuagesimum annum extorquentes, quæ dedisse se jure vel secus plurimis affirmabant.* » Et c'est un peu après ce passage qu'Ammien ajoute : « *Unde velut æquitate ipsa dictante, lex est promulgata, qua cavetur nullum interpellari suffragatorem super his, quæ eum recte constiterit accepisse.* » Ainsi que le remarque Godefroy avec sa sagacité habituelle : « *Ubi quod Am. Marcellinus ait* RECTE *accepisse, factum respicit magis quam jus ; hoc enim respectu non recte accepta fuit pecunia, ut hæc lex docet. Hæc vero lex non alia est, quam hoc Edictum nostrum : cujus etsi Libanius*

passé (69), enlevait au *promissor* toute action en répétition. Elle contenait par là même, pour le présent et pour l'avenir, la prohibition au moins implicite de la vénalité des *honores*, et, par suite, de

---

diserte non meminerit ORAT. AD JULIANUM IMP. PRO ARISTOPHANE, *attamen eam ipsam Historicam causam, Ægyptiorum inquam hoc tempore data a se reposcentium, memorat ea* ORATIONE, PAG. 222. ET P. 223. ED. MORELL. *cum eodem prorsus elogio seu judicio de Ægyptiis...* » (Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 254, col. sin. *in fine ;* cf. *eod.*, f° 253, *notæ* (*a*).) C'est à raison de l'origine historique de cette Constitution, que l'on peut sans erreur qualifier de loi de circonstance, que le savant commentateur (*eod.*, (*g*)) interprète le mot *quidam* qui figure *in initio*, comme désignant les Egyptiens. (« *Ægyptii nominatim in hypothesi* HUJUS LEG. » — Cf. Cujas, *ad lib. IV Codic. recitat. solemn. ad tit. III, De suffrag.; opp.*, t. 8, col. 101.)

(69) « *Ex his jam apparet omnibus, hoc Edictum in præteritum tantum promulgatum, quo scilicet tempore honorum nundinatio permissa fuerat, atque adeo suffragiorum commercium.* » (Gothof., *Opp.*, *ubi infra.*) C'est ce qui explique son absence du Code de Justinien. « *Ideo observandum* HANC LEG. *a Cod. Justin. abesse, (non etiam* SEQUENTEM *de desideriorum suffragiis) eo quod hæc lex in præteritum, ut dixi, directa sit, et ad horum temporum rationem spectet : denique quia nec suffragiis his tum ullus locus fuit* », dit Godefroy. (T. 1, f° 254, col. rect. — Du second motif indiqué, nous avons déjà fait raison, note 58 *supra*, p. 313 *in init.*) — Que l'assertion émise au texte soit exacte, et que notre Constitution n'ait envisagé que l'époque où le trafic des *honores* était toléré, et, par suite, le commerce des *honorum suffragia* permis, cela ne saurait faire doute, si on prend le soin de la lire attentivement et de remarquer qu'en ce qui touche l'énonciation et l'exposition des faits, elle est conçue au passé, et si l'on se rappelle d'ailleurs les circonstances qui l'ont motivée, et pour ainsi dire engendrée. (Comp. Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 253 *in init.* Commentar., et f° 254, col. rect.) Sous le règne de Constance, dont Julien fut le successeur immédiat, un certain nombre de personnes étaient parvenues aux *honores* et aux charges publiques *(officia)*, grâce à l'intervention ou aux recommandations intéressées des *Palatini* et des *Aulici* qui avaient de l'influence auprès de l'empereur. Mais une fois nommées, elles ne tardèrent pas à regretter les sommes dont leur reconnaissance forcée les avait appauvries pour rémunérer ces services, et, sous Julien, elles voulurent recouvrer le salaire qu'elles avaient versé entre les mains de leurs *suffragatores*, et qui prit en conséquence lui-même la dénomination de *suffragium*. (Voy. *supra*, note 44.) Il y a plus ; dans la crainte, sans doute, d'un mauvais vouloir de la part de leurs anciens créanciers, et dans le but de leur épargner le soin d'avoir à consentir de bon gré à un dessaisissement toujours pénible, quelques-unes allèrent jusqu'à se remettre de leur autorité privée en possession de ce qu'elles désiraient recouvrer. C'est contre ce double procédé de répétition (ou même de tentative de répétition), et de dépossession ou d'occupation spontanée, que s'élève la loi de Julien, en enlevant toute espérance de succès à ces repentirs indélicats, et en prohibant aussi bien la tentative de répétition et la répétition, que la dépossession ou l'occupation de ce qui avait été donné *pro honoris suffragio* sous les empereurs précédents, et tout spécialement sous Constance. Elle ne se borne pas à dérober le *suffragator* à l'action en répétition et à le prémunir, par une interdiction platonique, contre tout moyen pouvant aboutir au résultat final de faire rentrer le *promissor* dans ses avances : elle attache en outre une sanction pénale à sa défense; car elle ajoute que ce qui aura été répété ou ravi, sera sujet à restitution, et, de plus, donnera lieu, de la part du fisc, à titre de peine, à la perception d'une somme égale. Le sens exact des termes un peu ambigus peut-être de la

l'*usus honorum suffragiorum* (70), qu'elle regardait désormais comme illicite (71). Et telle est précisément l'idée qui sert de base juridique au refus de répétition (72), que nous pouvons envisager

---

Constitution (« *Qui itaque repetere nititur, vel repetiisse convincitur, et quod dedit apud suffragatorem ejus manebit, vel extortum restituet, et alterum tantum fisci viribus inferre cogatur* »), est très-explicitement indiqué par l'*interpretatio* dont elle est accompagnée au Code Théodosien, et par le commentaire de Godefroy : « ... *Qui vero repetere fuerit conatus, hoc ille habeat qui accepit, aut certe si sublatum ei fuerit, reformetur, et aliud tantum ille qui abstulit fisco cogatur inferre* », dit l'*interpretatio*. — « *Vult igitur* HOC EDICTO *Julianus, datum pro honoris suffragio sub anterioribus Imperatoribus (sub Constantio potissimum) repeti non posse : et si extortum occupatumve fuerit, restitui id, et insuper tantundem pœnæ nomine fisco inferri...* », ajoute Godefroy. (Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 254, col. rect. *in init.*) Il avait déjà écrit auparavant : «... *Hoc Juliani Imp. Edictum, quo is, ... dati repetitionem denegat : imo repetentem vel extorquentem, alterum tantum fisco inferre jubet.* (*In init.* Commentar., f° 253, col. sin. — Cf. *id.*, *eod.*, *notæ* (*v*), sur le mot *repetiisse* de la Constitution ; nous pensons avec cet interprète, qu'il est inutile de remplacer ce verbe par le verbe *rapere ;* comme il le dit fort bien : « *Forte* RAPUISSE, *quod suadent illa* SUP. INVADENDA DENUO CREDIDERINT : et *infra,* EXTORTUM RESTITUET. *Ego nil mutem temere,* REPETISSE, *id est ab eo cui datum fuerat, quacunque tandem ratione recuperasse.* ») Ainsi donc, tentative de répétition, répétition consommée, rapt ou main mise, etc., tout est prévu et réprimé.

(70) « *Atenim in præsens et in futurum ut honorum nundinatio sub Juliano prohibita fuit, ita et suffragiorum usus interdictus* (cf. la note précédente *in init.*) : *sic ut pactum suffragium jam suffragatori petere non licuerit, quia nec suffragio locus fuit, ubi* BONORUM MERITIS, HONORES DEFERUNTUR, *ut initio* HUJUS LEG. *dicitur, judicio scilicet Principis, suffragio jam locus esse non potest :* FŒDISQUE *adeo* COMMENTIS ; *ubi* FŒDA COMMENTA *sunt emendicata ad honores suffragia.* (Cf. note 65.) *Quo ipso sensu in* L. 26. INF. DE DECURION. ET L. 27. EOD. TIT. (XII, 1) *dicitur de his qui dignitates pretio consecuti sunt, eos* FŒDARE HONORES : *Item,* INDEBITÆ DIGNITATIS INFULAS FŒDA FAMILIARIS REI VEXATIONE MERCARI. » (Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 254, col. rect. — Cf. *eod.*, *in fine* : « *Et hæc quidem de Dignitatibus, Honoribus et Magistratibus, quos pro alio* PETERE *prohibitum a Juliano.* ») — En ce qui concerne toutefois les *scholæ Palatinæ* (voy. *inf.*, § 4), Godefroy fait observer avec raison (*eod.*) que la porte resta ouverte aux abus, ainsi que le prouvent des textes qui appartiennent aux fils de Théodose : « *Quod scholas sane Palatinas attinet, suffragandi petendique licentia nonnullis patuit : ut docet* LEX 7. ET 8. INF. DE AGENTIBUS IN REBUS. » (C. Th., VI, 27.) C'est là une preuve nouvelle en faveur de notre opinion, que l'emploi des *suffragia* dont nous parlons ne disparut pas définitivement avec Julien.

(71) Ici encore, Julien lui-même se charge de confirmer notre assertion, par les termes dont il se sert : « FŒDIS COMMENTIS (voy. sur ces mots notes 65 et 70).... *quam* INHONESTE *solverant imprudentius atque* INHONESTIUS *arbitrantur... vel potius* PROJECERANT OB IMMERITAS CAUSAS (« PROJICIENDI *verbum hic et rursum* INF. *de donato et soluto inhoneste, prodige, nefarie, ut* INF. » — « IMMERITÆ *causæ, sunt inhonestæ, turpes.* » Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 253, *notæ* (*o* et *p*).) ... SED QUIA LEGES ROMANÆ HUJUSMODI CONTRACTUS PENITUS IGNORANT... *quæ* PRODIGE NEFARIEQUE PROJECERINT... » (Cf. note 65.) Voir aussi Cujas, *Opp.*, t. 8, col. 101, *Ad tit. III, De suffragio.*

(72) La raison de droit sur laquelle est fondée la décision de Julien, repose sur l'idée qu'il y a *turpitudo ab utraque parte.* Il le dit expressément, et, pour emprunter à

ici comme trouvant son corollaire direct dans le défaut d'action (73)*.

Godefroy la formule par laquelle il traduit sa pensée : « INHONESTE SOLUTUM INHONESTIUS ADHUC REPETITUR. » (*Eod.*, f° 253, *Commentar.*, col. rect.) Or, on sait qu'en pareil cas la répétition du *solutum* était impossible, parce que le *dans* en avait perdu la possession au profit de l'*accipiens*, qui lui était dès lors devenu préférable, à raison du principe d'après lequel : *In pari causa (etiam turpi* — voy. *infer.*, γ), *melior est causa possidentis.* (Cf. Gothof., *Opp.*, *eod.*, f° 253, col. rect., et Cujac., *Opp.*, t. 8, *loc. cit.*) — Nous ajouterons qu'on aurait pu, au point de vue législatif romain, songer à l'adoption de l'une des trois solutions suivantes, toutes trois indiquées par Paul (L. 1 pr., *De condict. ob turp. vel injust. caus.*, D., XII, 5), et dire :

α. — Ou bien qu'il y avait *turpis causa a parte accipientis*, auquel cas la *condictio ob turpem causam* eût été possible, lors bien que la convention aurait été de tous points exécutée par l'*accipiens*, « *etiamsi res secuta sit* », suivant le langage de Paul — (LL. 1 § 2, et 9 pr., *eod.*; voy. M. Accarias, *Théorie des contrats innom.*, p. 201, note 1 ; cf. LL. 2 et 4 §§ 2 et 4, fr. Ulp.; L. 5, fr. Julian., *eod.*; L. 5 § 1, fr. Ulp., *De calumniat.*, D., III, 6; L. 5, fr. Ulp., *De tutel. et ration. distrahend.*, D., XXVII, 3; Constt. 4, 6 et 7, *De condict. ob turp. caus.*, C. Just., IV, 7), — mais seulement pour le capital et non pour les intérêts, d'après une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (Const. 4, C. Just., *eod.*) — Comp. pp. 325 et suiv. ;

β. — Ou bien que la *turpitudo* existait *a parte dantis*, auquel cas l'*accipiens* se serait trouvé à l'abri de la *condictio* (L. 4 § 3, fr. Ulp., L. 8, fr. Paul., D., *eod.*) ;

γ. — Ou bien enfin que la *turpitudo* se rencontrait *apud utramque partem*, hypothèse dans laquelle la *repetitio* était encore refusée. (LL. 3 et 8, fr. Paul., D., *eod.*; L. 4 pr. et § 1, fr. Ulp., *eod.*; L. 5 § 1, fr. Ulp., *De calumniat.*, D.; L. 5 pr., fr. Papinian., *De condict. sine causa*, D., XII, 7. Cf. L. 9, fr. Paul., *De doli mali et met. except.*, D., XLIV, 4; Constt. 2 et 5, *De condict. ob turp. caus.*, C. Just.) De cette règle, on a tiré l'adage : *In pari causa turpitudinis, cessat repetitio,* qui n'est lui-même que l'application de deux autres maximes plus générales, l'une mentionnée plus haut, et rappelée par plusieurs des lois indiquées, que : *In pari causa, melior est causa possidentis* (L. 128 pr., fr. Paul., *De div. reg. jur.*, D., L, 17), l'autre non moins connue et ainsi formulée : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* — Observons ici que cette dernière solution se rencontre encore aujourd'hui en thèse générale. Ainsi, quand deux parties contractantes ont pris une part égale à une convention immorale ou illicite, la grande majorité des auteurs et des arrêts décident qu'elles sont, l'une comme l'autre, incapables de demander soit l'exécution de la convention, soit la répétition des sommes versées ou d'objets mobiliers livrés en vertu de cette convention. (Voy. Devill. et Gilb., *Jurispr. du XIX*e *siècle*, ou *Tabl. gén.*, mot CONVENTION ILLICITE, n° 2; *Table décenn.*, 1851-1860, mot CAUSES DES OBLIG., n° 5 ; civ. rej. 15 déc. 1873, S. V., 74, 1, 241, et les savantes observations de M. E. Dubois ; Caen, 29 juill. 1874, S. V., 75, 2, 298 ; req. rej. 26 mars 1877, S. V., 78, 1, 456 et note 1 ; voy. toutefois *Tabl. gén.*, mot CAUSE DES OBLIG., n° 47. — Comp. les art. 6, 1131, 1133, 1235 et 1376, C. civ.) Nous aurons à revenir plus tard sur ce point, et à nous expliquer en détail sur cette très-délicate matière, en ce qui concerne spécialement la répétition des sommes payées au-delà du prix ostensible dans le cas de cessions d'offices.

Des trois doctrines que nous venons d'exposer, la dernière nous paraît être la seule qui soit rationnellement admissible au point de vue qui nous occupe : car on ne voit pas bien comment on pourrait ici accepter l'une des deux premières. La terminologie de la constitution de Julien prouve jusqu'à l'évidence que sa décision ne repose nul-

* Voir note 73, page 322.

Tandis que nous venons de voir Julien frapper d'interdiction la *petitio dignitatum, honorum et magistratuum pro alio,* et arrêter ainsi le cours de l'*usus suffragiorum ad honores obtinendos* (74), trente-deux ans plus tard (le 4 des nones de mars 394) (75), Théodose le Grand (76), par un de ces revirements singuliers qu'on ne peut guère s'expliquer que par le vil désir chez certains empereurs de la décadence d'accorder des privilèges à des courtisans, doctes maîtres en luxure, piètres valets en vertu, qui flattaient leur orgueil et favorisaient leurs passions (77), Théo-

---

lement sur la seconde, ainsi que des termes moins explicites auraient à la rigueur, peut-être, autorisé à le croire.

(73) C'est le *criterium* absolu du caractère illicite des conventions dont nous nous occupons, comme aussi la preuve la plus irrécusable que tel est bien le point de vue auquel s'est placé Julien. Aussi Godefroy a-t-il pu dire avec vérité : « *Hujus porro* LEGIS *argumento uti possumus in aliis quoque quæstionibus, ubi certe inhoneste soluti repetitio non est : non soluti vero petitio denegatur.* » (Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 254, col. rect. Cf. f° 257, col. rect. — Comp. *infra*, note 79, et *supra*, note 70 *in init.*) « ..... *Non erat ergo repetitio soluti suffragii : non erit etiam petitio promissi suffragii ex constitutione*, L. 1. C. THEOD. *Si certum petatur de suffrag.* », dit de son côté Cujas. (*Opp.*, t. 8, *loc cit.*) Et c'est précisément par une raison inverse, que la concession par Théodose d'une action au *suffragator* sera pour nous le plus puissant argument pour soutenir qu'il a envisagé lesdites conventions sous un jour absolument opposé. « *Sed hac constitutione* (celle de Théodose) », ajoutait Cujas (*eod.*), « *etiam suffragii promissi petitio est : atque ideo soluti non est repetitio.* »

(74) Voy. pp. 319 et 320, texte et note 70.

(75) Il y a ici désaccord de date entre le Code Théodosien et le Code de Justinien : d'après ce dernier, la constitution de Théodose serait datée du 3 et non du 4 des nones de mars, comme l'indique le premier. Nous avons admis, comme plus probante, la date fixée par le Code Théodosien, d'abord parce qu'il contient l'original même de notre constitution, et qu'en outre, nous aurons l'occasion de faire remarquer plus loin que son passage dans le Code de Justinien n'a pas été favorable au style de la copie qui en a été tirée, en ce que les expéditionnaires ont, à plusieurs reprises, et parfois d'une manière grave (voy. ex. gr., note 132 *infra*), manqué de fidélité à la lettre du texte primitif. Ils ont également commis des omissions, en ce qui touche, par exemple, l'indication du lieu où la constitution a été rendue, c'est-à-dire C. P., laquelle figure pourtant au Code Théodosien. (Cf. Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 256, *notæ* (*b*).) Aussi ne la citerons-nous que d'après la leçon de ce recueil. (Ed. Hænel.)

(76) « DE SUFFRAGIO *deque suffragatoribus, qui desideria aliena apud Principem explicant, est hæc Theodosii M. Imp.* (*nam huic hæc lex tribuenda est, etsi pro more tum recepto Arcadii quoque et Honorii nomina præferat*) *constitutio...* », dit Godefroy, *in init. Commentar. ad const.* 2 C. Theod., *Si certum petat. de suffrag.* (Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 256, col. sin.)

(77) Nous avons vu ci-dessus (note 65, p. 317 *in fine*) qu'à plusieurs reprises (« *non uno loco* ») Ammien Marcellin, cité par Godefroy, confirme pleinement cette assertion, en ce qui concerne l'empereur Constance, et que les lois 3, C. Th., *De honorar. codic.* (VI, 22), et 5, C. Just., *Qui testam. facere poss.* (VI, 22), auxquelles renvoie ce même juriscon-

dose, disons-nous, fit une constitution (78) par laquelle il accorda une action aux *suffragatores* pour exiger le paiement des *suffragia* dans le cas où la promesse ne serait point suivie d'exécution volontaire (79). Cela revient à dire que, loin de condamner les conventions faites *ob honoris obtinendi suffragium ferendum,* cet empereur en admet pleinement la validité, et fournit un moyen de contraindre à leur entière exécution. (Comp. note 73.)

Si l'on veut analyser cette constitution, on doit, suivant nous, la décomposer, et se placer tour à tour au triple point de vue des effets à résulter de la valeur légale et juridique qu'elle accorde à cette espèce particulière de contrats (pr.), puis des conditions à remplir pour l'acquisition de la *res promissa* (§§ 1 et 2), enfin des conséquences à découler, pour le *suffragator*, du fait de s'être mis, de son autorité privée, en possession des choses à lui promises (§ 3).

I. — Relativement aux résultats qui découlent de la validité des conventions faites *honoris suffragii nomine*, ils sont naturellement au nombre de deux. En effet, le caractère licite que Théodose reconnaît visiblement à ces sortes d'achats et de ventes (80)

---

sulte, attestent la vérité du témoignage de cet historien. On peut y joindre, en ce qui touche l'auteur même de la constitution dont il va être question, les passages précités de Zosime, traduits dans la *Biblioth. lat.-fr.* de Panckoucke. (T. 208, p. 501, note 50.) — L'histoire du Bas-Empire nous fournirait, si besoin était, des preuves surabondantes de ce que nous avons écrit, et elle nous montrerait qu'il était souvent de l'intérêt bien entendu de l'empereur d'interpréter largement les règles de la morale au profit de ses favoris, plutôt que d'en restreindre la portée et l'application à leur détriment.

(78) Godefroy dit avec raison de cette loi, qu'elle est « *multis nominibus singularis et famosa.* » (Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 256, *Comment.*, col. sin.) Mais il exagère peut-être, en écrivant plus bas : « *Atque hæc quidem plana est et aperta* HUJUS L. *sententia. Unde primo patet male a Roberto* 2. SENTENT. 21. *hanc legem dumis virgultisque obsitam dici.* » (*Eod.*, f° 258, col. rect.)

(79) Godefroy constate parfaitement l'antithèse (*oppositio*, dit-il) qui existe à ce point de vue entre les deux constitutions. « .... *In honorum suffragiis aliter cautum a Juliano* L. 1. SUP. *ibi quippe dati quidem retentio est, at non et petitio. Qua oppositione unica absolvitur æstus Interpretum, variæque distinctiones circa quæstionem de actione ob suffragium, et honorarium competente.....* » (*Eod.*, f° 257, col. rect.)

(80) Ce que ces expressions, prises *stricto sensu*, et dans le sens juridique des mots, peuvent avec raison sembler avoir d'inexact, est corrigé ci-dessous. (Voy. pp. 328 et 331 *in fine* et suiv., texte et note 103.) Nous ne les employons ici que comme simples figures de langage.

de crédit et d'influence, devait nécessairement entraîner la double conséquence d'empêcher, d'une part, l'acheteur (le *promissor*), pris d'un repentir tardif, de songer à une action en répétition, pour le cas où il se serait acquitté de plein gré, et, de l'autre, d'autoriser le vendeur (le *suffragator*), dans l'hypothèse inverse, à obliger judiciairement la contre-partie à rémunérer son intervention vénale. (Comp. *supra*, note 73.)

Envisageons tour à tour notre loi sous l'une et l'autre de ces deux faces, sans jamais oublier qu'elle considère comme licites les conventions faites *honoris suffragii nomine* (81).

Nous parlerons, en premier lieu, de l'impossibilité de répéter le *solutum*, et, en second lieu, de la faculté d'exiger le *promissum* (82).

1° — En ce qui concerne l'impossibilité de répéter, il peut tout d'abord paraître étrange que la répétition soit refusée contre le *suffragator*, dans l'hypothèse où le fonctionnaire nommé (83)

---

(81) Comp. Cujac., *Opp.*, t. 8, col. 101, *Ad tit.* III *De suffragio.*

(82) Telle est aussi la marche que Doneau a suivie. (Voy. *Ad tit.* III, lib. IV, C., *De suffragio et ad L. unicam ;* Donell., *Opp.*, t. 7, col. 629, 2.) Et il faut bien reconnaître que c'est la plus logique, si on ne perd pas de vue qu'il est plus naturel de songer d'abord à une exécution volontaire, qu'à une exécution forcée. — A peine est-il besoin de faire observer que, dans la discussion qui va suivre, et dont nous avons emprunté les éléments à Godefroy, à Cujas et à Doneau, nous ne nous placerons jamais qu'au point de vue sous lequel Théodose a lui-même envisagé les choses, et que nous ne chercherons qu'à expliquer sa constitution et à en pénétrer l'esprit, sans jamais tenter d'en légitimer les décisions. Nous accepterons comme licites les conventions dont il s'agit, et c'est de là que nous partirons pour asseoir notre interprétation. Mais cela ne signifie nullement que nous nous rangions au sentiment de l'empereur.

(83) Il est essentiel de supposer la nomination; nous verrons en effet (pp. 333 et suiv.) que le *suffragator* n'a d'action que si son intervention a eu un résultat effectif. C'est pourquoi nous pensons avec Godefroy que, dans le système de Théodose, la répétition serait possible, dans l'hypothèse contraire, par voie de *condictio sine causa*, ou *ob rem dati*, ou *causa data causa non secuta;* car il y aurait eu *solutio indebiti*, puisque c'est la réussite de la *commendatio* qui fait naître le *debitum*. Or, quand elle échoue, on peut dire que ce *debitum* n'existe pas, par suite de ce que la *causa*, en vue de laquelle le *promissor* s'était engagé, *secuta non est*. (Voy. L. 65 § 4, fr. Paul., *De condict. indeb.*, D., XII, 6; L. 1 pr. et §§ 1 et 2, fr. Ulp., et L. 4, fr. African., *De condict. sine causa*, D., XII, 7.) «... *Et sic lex* », dit Godefroy, « *obligationis vim, et effectum ad eventum secundum et prosperum nominatim restrinxit : etsi sint qui hæc eludere conantur. Ergo contra proculdubio Theodosius M. voluit, si susceptus spe votoque excideret, condictionem ei competere,* CONDICTIONE SCILICET CAUSA DATA,

s'est acquitté envers lui de son obligation. Le plus naturel semblerait être d'admettre une solution inverse. Et un raisonnement fort simple pourrait à la rigueur y faire arriver. Ne pourrait-on pas, en effet, se demander s'il n'est pas contraire aux principes de la morale et de l'honnêteté de recevoir quelque salaire à raison d'un *suffragium* de cette sorte, et si, en cas de réponse affirmative, il ne doit pas être permis de répéter le *solutum*, cela en raison d'une règle déjà indiquée en notre note 72, α? « *Et videri potest, non recte quidquam accipi ob hujusmodi suffragium* », dit Doneau (84). Deux motifs, un dilemme et une analogie, pourraient donner raison d'une semblable assertion qui ne serait empreinte au fond, hâtons-nous de le dire, étant admise la doctrine de Théodose, que d'une vérité beaucoup plus apparente que réelle.

D'un côté, on pourrait dire : si celui qui a employé son influence (le *suffragator*) a recommandé une personne indigne, il a commis une mauvaise action ; par suite, c'est mal recevoir que recevoir à ce titre (« ..... *turpiter facit, et eo nomine turpiter accipit*..... ») (85) ; que si, au contraire, ses recommandations ont

---

CAUSA NON SECUTA. » (Gothof., *Opp.*, 1, f° 257, col. rect.) Admettre d'ailleurs une autre solution, ce serait faire de la constitution de Théodose une lettre morte : quel est en effet le *suffragator* qui, fort de l'impossibilité de répéter, où se serait trouvée, dans une doctrine contraire, la contre-partie, aurait été assez imprudent et assez peu soigneux de ses propres intérêts, pour ne pas toujours exiger paiement immédiat, sinon avant d'être jamais encore intervenu, à tout le moins avant la décision si aléatoire du prince touchant la personne recommandée ? (Comp. note 115.) C'est sur la même idée que nous nous appuierons pour décider que, dans l'hypothèse où le *suffragator* aurait essuyé un échec, le *promissor* qui n'aurait pas encore payé, pourrait *condicere obligationem* ; car « *promisit sine causa.* » (L. 1 pr., *eod.* Cf. L. 3, fr. Julian., *eod.*) Il pourrait donc se faire faire acceptilation (L. 3 précitée), soit *recta via*, dans le cas où une stipulation aurait engendré son obligation, soit, s'il s'était engagé par simple pacte, ce qui rentre très-bien encore dans les prévisions de la loi de Théodose (voy. pp. 330 et suiv.), après l'intervention d'une novation préalable. (Voy. sur ce point : L. 8 § 3, fr. Ulp.; L. 14, fr. Paul.; L. 19 pr., fr. Ulp.; L. 21, fr. Venuleius, *De acceptil.*, D., XLVI, 4; Gaius, III, §§ 169 et 170; § 1, Inst. Just., *Quib. mod. oblig. toll.*, III, 29; cf. L. 80, fr. Pompon., *De solut.*, D., XLVI, 3. — Cf. L. 100, fr. Gaius, *De div. reg. jur.*, D., L, 17.)

(84) Donell., *Opp.*, *Comment. in Cod.*, *Ad tit.* III, lib. IV, *De suffragio*, t. 7, col. 629, 2.

(85) Doneau, *eod.*

porté sur un homme entouré de considération, et dont l'*existimatio* n'avait point encore subi d'atteinte, la *causa* de l'*acceptum* est encore *turpis*, parce que son devoir eût été de ne pas mettre à prix son intervention (86), et qu'en la rendant vénale, on peut lui imputer « d'avoir reçu le salaire honteux d'un devoir à accomplir », selon l'heureuse expression d'un de nos maîtres (87).

D'un autre côté, on pourrait tirer argument, en faveur de ce système, de la position où se trouvent ceux qui, soumis à l'obligation juridique de prester une chose quelconque, ont reçu de l'argent en vue d'effectuer cette prestation. Tel serait le cas d'un dépositaire ou d'un commodataire. Il est évident que, si l'un ou l'autre se faisait payer la restitution, à laquelle il est légalement tenu, de la chose qui fait l'objet du dépôt ou du commodat, il y aurait lieu, au profit du déposant ou du commodant, à une *condictio ob turpem causam* qui ouvrirait la porte à la répétition de l'*acceptum* : « *quia sua sponte reddere cogebatur* », suivant le langage de Doneau (88).

Il serait facile, en s'emparant de ces exemples, de conclure par analogie, sur la question qui nous occupe, à une solution identique.

Reste maintenant à se demander si les objections que nous venons de reproduire ne faisaient point obstacle à la doctrine indiquée ? Doneau nous fournit à cet égard la réponse suivante : « *Sed placuit Impp. hac constitutione, quidquid ob hujusmodi suffragium daretur, recte accipi* (89). *Quod si quid ob hujus-*

---

(86) Tel était l'esprit dans lequel était conçue la constitution de Julien ; mais elle reconnaissait aussi avec raison, comme nous l'avons dit, une *causa turpis a parte dantis*. (Voy. note 72.)

(87) M. Accarias, *Théorie des contrats innommés*, 2e tirage de l'éd. de 1866, Paris, 1873, p. 201.

(88) *Eod.* Voy. L. 1 § 2, fr. Paul.; L. 2 § 1, fr. Ulp.; L. 9 pr. (cf. § 1), fr. Paul., *De condict. ob turp. vel injust. caus.*, D., XII, 5; L. 34, fr. Labeo, *Depositi vel contra*, D., XVI, 3; L. 5, fr. Ulp., *De tutel. et ration. distrahend.*, D., XXVII, 3.

(89) Relativement à ce mot *recte*, voy. la réflexion de Godefroy, note 68 *supra*, sur un texte d'Ammien Marcellin. Il ne faudrait pas la transporter ici; Doneau, dans ce passage, parle un langage des plus exacts. Nous ne sommes plus à l'époque de Julien, mais bien à celle de Théodose; et si, sous cet empereur, la répétition n'est pas plus

modi suffragium promissum erit, an debebitur? Et cautum est præcipue hac constitutione conventionem esse servandam. Non obstat quod dicimus, turpiter accipere eos qui accipiunt, ut reddant quod jure præstare cogebantur. Nam unusquisque recte et honeste aliquem commendat, qui commendatione dignus est; sed commendare invitus nemo cogitur; et ideo, si ob commendationem accipit, turpiter non accipit. » (90) Il cite ensuite, à l'appui de cette théorie, le cas où quelqu'un reçoit de l'argent du maître d'un esclave fugitif, pour dénoncer à ce maître le lieu de sa retraite. « *Argumento est is qui accipit pecuniam, ut servum furem domino indicaret, a quo servus aufugeret. Nam domino servum requirenti honeste et ex officio humanitatis illi servum indicamus. Si tamen acceperimus ob indicium, imo vero, et si ob indicium quid promissum fuerit, acceptum recte accipitur, et promissum etiam ultro debetur,* L. SOLENT, D. DE PRÆSCRIPT. VERB. (91) L. 4. §. ULTIM. D. DE CONDICT. OB TURP. CAUSSAM. » (92) Et Doneau ajoutait avec raison : « *Unde intelligimus, multum interesse utrum quis jure humanitatis et amicitiæ aliquid facere debeat, an vero jure publico, et actione teneatur ut faciat. Prior, si accipit ut faciat, non turpiter accipit, posterior turpiter accipit, quia jure facere cogebatur.* » (93)

Quant à nous, si nous pénétrons bien l'esprit de notre constitution, nous trouvons sa raison d'être et son explication, sinon sa justification, dans cette idée que, du moment où on admet qu'il n'est contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre pu-

---

possible qu'elle ne l'eût été sous son prédécesseur, c'est par suite d'un tout autre motif. Prohibée sous Julien, la convention qui nous occupe se trouve valable *en droit* sous Théodose; donc le *suffragator* a bien reçu *(en droit)* ce que le *promissor* lui a payé. De là le refus d'une *condictio;* car il y a *rectum debitum;* de là, par suite, la concession d'une action en cas de défaut de paiement volontaire de ce *debitum.* (Comp. note 95 *infra.*)

(90) Il n'en est plus de même aujourd'hui, où l'on considère, avec toute raison, le *fait même* du trafic de l'influence ou celui de l'emploi du crédit d'autrui, comme contraire aux lois et à l'ordre public. (Voy. note 97.)

(91) L. 15, fr. Ulp., D., XIX, 5. Voy., sur ce texte, le savant commentaire de M. Accarias, *Théorie des contrats innommés,* pp. 200 et suiv. (Comp. *infra,* note 103.)

(92) L. 4 § 4, fr. Ulp., D., XII, 5.

(93) Donell., *Opp.*, t. 7, col. 629, 2 *in fine* et 3.

blic, ni aux principes d'une morale très-largement entendue sans doute, de vendre son intervention et d'acheter l'influence et le crédit d'autrui, on est en présence d'un contrat particulier, il est vrai, mais qui doit être aussi strictement exécuté de part et d'autre, qu'il a été librement consenti par les deux parties (94). Ce serait donc en violer la lettre, que de vouloir répéter ce qu'on a dû *légitimement* payer (95), tout comme ce serait manquer à sa foi, que de se refuser à payer ce que l'on doit. *Faisant, donnant.* Tels sont le cachet particulier et la formule exacte de ce contrat innommé. (Voy. pp. 331 *in fine* et suiv., texte et note 103.)

2° — C'est encore en remontant au principe qui nous a servi de point de départ, que nous pourrons nous rendre très-aisément compte de la concession d'une action au *suffragator*. Dès là, en effet, que de pareilles conventions sont reconnues comme licites, il faut les exécuter ; et si l'un des contractants a rempli son engagement, pourquoi l'autre pourrait-il se dérober à l'exécution du sien, en demeurant dans une silencieuse inaction ? Cela ne se concevrait pas, et c'est par suite de cette idée que Théodose ne s'est pas borné à assurer implicitement, il est vrai, mais très-clai-

---

(94) Nous retrouvons ici l'idée de Doneau (voy. *supra*, p. 327) : le *suffragator* n'était pas plus tenu en droit de fournir son intervention, que celui qui la lui a demandée n'était légalement obligé de la requérir.

(95) Ainsi qu'on peut aisément le remarquer, et comme nous l'avons d'ailleurs déjà fait observer, note 89, si toute voie de répétition se trouve fermée d'après la constitution de Théodose (voy. toutefois *supra*, note 83), comme d'après celle de Julien, c'est par suite de deux principes diamétralement opposés : dans celle-ci, c'est d'une prohibition que procède l'impossibilité de recouvrer le *solutum*, parce que de semblables trafics sont considérés comme illicites *ab utraque parte* (voy. note 72) ; dans celle-là, au contraire, c'est dans le caractère légalement, juridiquement obligatoire de ces conventions que le paiement puise sa validité, et met par là même obstacle à toute tentative de recouvrement ultérieur. (Voy. toutefois note 83.) Cela est à ce point exact et vrai, que, si l'interdiction de répéter trouvait, dans la doctrine de Julien, son corollaire direct dans le défaut d'action (voy. pp. 320 et suiv.), l'impossibilité de recouvrer le *solutum* n'est précisément, dans la théorie de Théodose, qu'une conséquence de la faculté d'agir. (Comp. texte ci-dessous et note 97.) — S'autorisant de cette idée, et renversant en quelque sorte une anecdote relative à Alexandre Sévère, et sur laquelle nous aurons prochainement à revenir (note 112), on pourrait dire avec vérité que, dans la pensée de Théodose, il ne serait pas plus conforme aux règles de l'honnêteté de livrer de la fumée que d'en vendre. De là, d'abord, la validité du paiement ; de là, ensuite, la dénégation d'action au *suffragator*, avant la réussite de la *commendatio*.

rement au fond (96), le repos au *suffragator* contre toute demande en recouvrement de la part du *promissor*, mais qu'il lui a octroyé, par la *condictio certi pro suffragio*, un moyen de rappeler ce dernier à l'accomplissement de son obligation (97).

---

(96) Du moment où une action en paiement est concédée, qu'est-ce à dire sinon que la *solutio* volontaire est à l'abri de toute action en répétition ? (Comp. note 73.)

(97) C'est justement en cela que nous considérons la constitution de Théodose, comme contenant une théorie toute différente de celle qui se dégage de la constitution de Julien, qui, lui, se gardait bien de parler d'une action dont l'octroi eût été en absolue contradiction avec sa propre doctrine. (Voy. notes 89 et 95.)

L'exactitude de notre thèse nous semble démontrée d'une manière péremptoire, quand on examine la façon dont les choses se passent aujourd'hui, où les conventions de ce genre sont sinon absolument ignorées de la pratique, du moins toujours frappées de réprobation, et où l'absence d'action découle directement du caractère illicite dont elles sont considérées comme entachées. Notre doctrine et notre jurisprudence modernes sont unanimes à reconnaître que la vente et l'achat d'influence ou de crédit, les promesses, en un mot, consenties pour prix de sollicitations auprès du gouvernement, à l'effet d'en obtenir des places, des faveurs ou des commandes, tombent sous le coup des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil. (Voy. Merlin, *Questions de droit*, mot CAUSES DES OBLIGATIONS, § 2; MM. Demolombe, t. XXIV, 378 ; Aubry et Rau, 4e éd., t. 4, § 345, p. 322, texte et note 11 ; Laurent, *Principes de droit civ. fr.*, 2e éd., Bruxelles, 1876, t. 16, p. 175, n° 128. Civ. rej. 20 mai 1828, S. V., 28, 1, 348; Dalloz, *Rép.*, mot OBLIGATIONS, n° 643, 1°; Colmar, 25 juin 1834, S. V., 34, 2, 661 ; Dalloz, *Rép.*, *eod.*, n° 643-2° ; Paris, 19 avril 1858, S. V., 58, 2, 366; Toulouse, 21 juill. 1870, D. P., 73, 1, 65.) Spécialement en matière d'*offices ministériels*, toute action manquerait au *suffragator*, pour réclamer au titulaire nommé le prix de sa *commendatio*. (Comp. M. Laurent, *eod.*, p. 174, n° 127.)

Quant à trouver dans la constitution de Théodose une idée plus morale, et à essayer de soutenir que son but a été de mettre obstacle à de semblables conventions, en effrayant le *solvens* d'abord, et le promettant ensuite, c'est ce que nous nous refusons à faire. Nous ne saurions trop répéter que, pour nous, elle décerne un véritable bref de moralité à ces contrats. Ce qui prouve bien, d'ailleurs, que la pensée de Théodose n'était pas, en refusant la répétition, de donner une nouvelle sanction aux règles établies en ce qui concerne la *turpitudo a parte dantis*, ou *ab utraque parte* (voy. *supra*, note 72, β et γ), et qu'il ne voyait aucune *turpis causa* soit dans l'obligation du promettant, soit dans l'acceptation, par le *suffragator*, des choses à lui promises, c'est, d'un côté, le rapprochement de la constitution de Julien de la sienne, et leur confrontation : le style est loin d'y être semblable, et le blâme énergique qui atteint ces contrats dans la première, ne se retrouve plus dans la seconde ; c'est, de l'autre, et surtout, l'octroi d'une *condictio* fait au *suffragator*. En effet, Paul est formel pour nous dire que si on a promis *ob turpem causam*, l'action du demandeur échouera contre une *exceptio doli mali vel in factum*. (L. 8, *De condict. ob turp. vel injust. caus.*, D., XII, 5.) Cette concession accuse donc péremptoirement que notre constitution n'a eu d'autre but que de donner une sanction légale aux conventions dont nous nous occupons, que de leur reconnaître, en d'autres termes, une existence juridique.

A nos yeux, l'idéal, en cette matière, et le véritable progrès, auraient consisté à admettre, comme le font avec raison la plupart de nos auteurs modernes, qu'une obligation du genre de celle dont nous parlons, ayant une cause illicite, serait destituée de toute efficacité juridique, et devrait être, par suite, regardée comme non ave-

L'empereur, toutefois, subordonne la valeur pratique et l'efficacité de la convention dont s'agit, à deux conditions. Elle ne produira effet, et le *suffragator* ne pourra réclamer et obtenir ce qui lui a été promis en rémunération de ses sollicitations, que si le *promissor* s'est engagé par voie de stipulation, ou de simple *promissio* (98), et que s'il a, en second lieu, obtenu, grâce aux

---

nue. (Art. 1131 C. civ. — Voy. les rapports faits au Tribunat par Favard et Jaubert, dans Locré, *Lég.*, t. XII, pp. 428 et 429, nos 24, 26 et 27 ; pp. 491 et 492, no 60 ; p. 524, no 24 ; MM. Colmet de Santerre, *Cours anal. de Cod. civ.*, V, 47 ; Demolombe, XXIV, 381 ; Aubry et Rau, *ubi supra*, p. 323, texte et note 17 ; Laurent, *ubi supra*, nos 124 et 157. — Zachariæ, § 334 *b*, texte no 3, paraît à tort ne considérer que comme entachées d'une simple annulabilité les obligations fondées sur une cause illicite.)

(98) Peu importe la forme, pourvu qu'il y ait engagement pris. Le texte porte bien, il est vrai : « *se* SPONSIONE *constrinxerint* » (pr.); mais il ne faut pas se laisser égarer par le mot *sponsio*, qui est ici synonyme de *stipulatio* et de *promissio*. C'est ce que démontre très-clairement la suite du texte, notamment le § 2 où figure le mot *placitum* (voy. sur ce terme la note 100 *infra*), ainsi que l'*interpretatio* dont notre constitution est accompagnée au Code Théodosien et qui se sert de l'expression très-générale et très-vague *promiserit*. L'emploi du mot *sponsio*, à une époque où ce contrat avait depuis longtemps fait place, dans la pratique, à la stipulation, suffirait déjà, à lui seul, à révéler une impropriété de terme, et à engager à rejeter une interprétation littérale. Au surplus, dans la loi 7, *De verb. signif.*, D., L, 16, le jurisconsulte Paul, dont la langue est toujours aussi pure que concise, nous avertit que : « *Sponsio appellatur, non solum quæ per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque.* » (*Junge :* L. 19 § 2, fr. Ulp., *De ædilit. edict.*, D., XXI, 1 ; cf. L. 2, fr. Ulp., *De sponsal.*, D., XXIII, 1, et Doneau : « *spondere est stipulanti promittere* »; Donell., *Opp.*, t. 7, col. 630, 5 ; *adde* Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 473, et Gothof., *Opp.*, t. 1, fo 255, *notæ* (*f*).) — La suite du texte montrera l'importance de cette remarque.

Il convient d'observer ici, qu'il faut supposer au moins un pacte, pour que le *suffragator* ait action ; une simple *pollicitatio* ne suffirait pas ; car si elle est exceptionnellement obligatoire, du moins l'exception, d'abord spéciale aux cités et aux dieux, a-t-elle toujours été fort restreinte et ne fut-elle jamais étendue qu'au profit des personnes dites civiles ou morales (voy. Const. 15, *De sacros. Eccles.*, C. Just., I, 2); la pollicitation n'oblige que lorsque, étant faite à une cité par exemple, elle est fondée sur une *justa causa, puta* sur un honneur qu'on a reçu, ou qu'on va recevoir, ou qu'elle a reçu un commencement d'exécution. (L. 1 §§ 1 et suiv., L. 3 pr., fr. Ulp., *De pollicit.*, D., L, 12 ; comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. I, nos 34 et 45. Voy. sur ces pollicitations : MM. Houdoy, *op. cit.*, pp. 143 et suiv., pp. 184 et 298 ; Beaudouin, *op. et loc. citt.*, pp. 130 *in fine* et suiv.) On ne doit pas, par conséquent, se laisser induire en erreur, en le prenant trop au pied de la lettre, par ce passage de Loyseau : « Par après Theodose en la loy unique *C. De suffragio*, donna action, pour exiger ces suffrages, tout ainsi que les pollicitations faites au public... » (*Op. cit.*, liv. III, chap. I, no 34.) Il y a analogie, mais non identité. — Le mot *pollicitatio* s'emploie du reste quelquefois comme synonyme de *pactum* (L. 19 § 2, fr. Ulp., *De ædilit. edict.*, D., XXI, 1 ; L. 10 pr., fr. Gaius, *De his quæ ut indign. aufer.*, D., XXXIV, 9 ; Const. 1, *De jure dot.*, C. Just., V, 12); mais il n'en doit pas être moins soigneusement distingué. (Voy. M. Accarias, *Précis de dr. rom.*, t. 2, p. 545, note 2.)

bons offices du *suffragator*, la faveur ou la place qu'il désirait et qu'il a fait solliciter pour lui (99).

α. — En ce qui concerne la première condition, on s'est demandé si, alors qu'au lieu d'avoir usé d'une stipulation, on avait promis par simple pacte *aliquid ob suffragium*, le *promissor* serait tenu en vertu de ce pacte, une fois accomplie la seconde condition. L'affirmative n'est pas douteuse. Que si le début de notre constitution (pr.) semble, au premier abord, contraire à cette solution, le § 2 l'autorise pleinement, en ce qu'il permet de comprendre d'une manière générale, sous la dénomination de *sponsio*, tout *placitum*, c'est-à-dire tout pacte (100), par lequel le *promissor* s'est engagé *ob suffragium*.

D'un autre côté, on ne saurait être tenté, pour contredire cette doctrine, d'invoquer la règle célèbre, d'après laquelle *ex pacto actio non nascitur* ou *non oritur* (101). L'objection manquerait de base, parce que ce principe ne s'applique qu'aux *nuda pacta*, qu'à la *nuda pactio*, et non du tout aux *pacta non nuda* (102). Or, nous nous trouvons précisément ici en présence d'un pacte de cette dernière espèce, c'est-à-dire d'un *pactum vestitum*, ou,

---

(99) La constitution (pr.) ne peut laisser aucune place au doute sur ce point. « *Si qui desideria sua explicare cupientes* », y est-il dit, « *ferri sibi a quoquam suffragium postularint, et ob referendam vicem* (« *id est ad suffragium remunerandum* », dit Doneau, *eod.*, col. 631, 6) *se sponsione constrinxerint, promissa restituant, cum ea, quæ optaverint, consequantur : si artibus moras nectent, ad solutionem debiti coarctandi sunt.* » L'*interpretatio* dont nous avons parlé en la note précédente n'est pas moins explicite.

Observons sur le mot *restituere* (*promissa restituant*) qu'il est ici synonyme de *præstare*. Le verbe *restituere* est encore employé en ce sens dans la loi 3, *De usuris*, C. Th., II, 33; dans la loi 34 *in fine*, *De erogat. milit. annon.*, *eod.*, VII, 4; dans les lois 16 et 18, *De annon. et trib.*, *eod.*, XI, 1, et dans la loi 90, *De decurion.*, *eod.*, XII, 1. (Voy. Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 255, *notæ* (*g*).)

(100) L. 1 pr. et § 2, fr. Ulp., *De pact.*, D., II, 14. Comp. note 98. Le mot *placitum* est, on le sait, le terme le plus général avec le verbe *placere* pour signifier pacte, convention, convenir. (Voy. Constt. 5 et 19, *De fidejuss.*, C. Just., VIII, 41.)

(101) L. 7 §§ 4 et 5, fr. Ulp., D., *eod.*; Const. 1, *De pact. et transact.*, C. Hermogen., tit. IV. Il faut toujours se garder d'entendre cette règle d'une façon trop absolue, puisqu'on y dérobe les pactes légitimes et les pactes prétoriens. (L. 6, fr. Paul., *De pact.*, D.)

(102) L. 7 § 2 *coll. cum* § 4, D., *eod.*; Const. 1, *De pact. convent.*, C. Just., V, 14.

comme le dit Ulpien dans la loi 15 (*De præscript. verb.*, *D.*), d'une *conventio non nuda*, qui s'analyse dans le contrat innommé *facio ut des* (103).

---

(103) « *Non est autem nudum pactum* », dit Doneau, « *cum ego feci tuo nomine aliquid, ut dares mihi pecuniam*, L. NATURALIS, §. 1. L. SOLENT, D. DE PRÆSCRIPT. VERB. (LL. 5 § 1, fr. Paul., et 15, fr. Ulp. C'est par erreur que le § 1 de la loi 5 est cité par Doneau ; c'est le § 3 qui a trait au contrat *facio ut des;* voy. *infra.) Tale est autem pactum id de quo hic agitur. Non enim simpliciter convenit, ut promissor quid daret, sed ut daret, si is, cui promittitur, suffragatus esset; is suffragatus est ut promissum acciperet, et fecit ut commendatus honorem obtineret. Proinde non est nuda conventio, sed ea, ex qua jure civili actio nascitur. Idque probatur evidenter exemplo* D. L. SOLENT DE PRÆSCRIPT. VERB. *Nam, si indicavi tibi furem, ut mihi 10. dares, valet conventio, estque ex eo actio præscriptis verbis, quia feci ut dares. Multo igitur magis idem dicemus, si suffragatus sis meo nomine, ut pecuniam darem. Nam in suffragio inest opera et diligentia suffragatoris, in indicando fure nulla.* » (Donell., *Opp.*, t. 7, coll. 630 et seq., 5.) — N'oublions pas que, quelle que soit, aux yeux de Théodose, la valeur de ce pacte, il ne sortira son plein et entier effet que dans le cas de la réalisation de la condition tacite dont nous allons parler, et à laquelle il se trouve implicitement subordonné. (Comp. *supra* note 83, et *infra* la suite de nos développements, *β*.) Il en est de lui comme de la *stipulatio dotis*. De même que le résultat de celle-ci est toujours subordonné à la *conditio tacita (conditio facti :* voy. M. Accarias, *Précis de dr. Rom.*, t. 2, n° 534, p. 283), *si nuptiæ sequantur* (L. 4 § 2, fr. Paul., *De pact.*, D.; LL. 21, fr. Ulp., et 41 § 1, fr. Paul., *De jure dot.*, D., XXIII, 3), de même l'obligation du *promissor* est subordonnée à la réalisation d'une condition qui est comme enchâssée dans le pacte, savoir à l'exécution préalable, par le *suffragator*, de sa propre obligation, telle que la lui impose notre constitution, et telle aussi, il faut bien le dire, qu'une bonne analyse, éclairée par la raison et guidée par la bonne foi, ne tarde pas à la découvrir au fond de la convention des parties et de leur intention présumée. (Voy. *infra*, p. 336, dernier alinéa.) En d'autres termes, de ces deux obligations, l'une, celle du *promissor*, est liée à l'autre, celle du *suffragator*, comme l'effet à sa cause. C'est d'ailleurs là le propre de tout contrat innommé qui, comme on le sait, constitue un contrat synallagmatique, tantôt parfait (L. 5, fr. Paul., *De præscript. verb.*, D., XIX, 5), tantôt imparfait (L. 1 § 9, fr. Ulp., *Depos. vel contra*, D., XVI, 3), et suppose une première prestation *(aliquid datum* ou *factum)* faite *ob rem* ou *certa lege* (L. 5, fr. Paul., L. 8, fr. Papinian., *De præscript. verb.*, D.; Const. 6, *De rer. permut.*, C. Just., IV, 64), c'est-à-dire accomplie en vue d'en obtenir une autre, et intervenue en exécution d'une convention antérieure ou concomitante, obligeant l'autre partie à effectuer une prestation réciproque dont l'objet est aussi une *datio* ou un *factum*. Ce qu'il y a de synallagmatique, c'est le pacte, la convention, qui imprime au contrat sa propre nature (Ariston appliquait en effet le mot *συνάλλαγμα* aux contrats innommés : L. 7 § 2, fr. Ulp., *De pact.*, D.) ; ce qu'il y a d'unilatéral, c'est l'exécution toujours postérieure, ne fût-ce que d'un instant de raison, de cet accord de volontés par l'une des parties au profit de l'autre, exécution qui vient, en le vivifiant, vêtir ce pacte, nu jusque-là, et transformer, pour en faire un contrat innommé, cette convention primitivement dépourvue d'action. (Voy. M. Accarias, *op. inf. cit.*, 2° confér.) — Que nous nous trouvions bien ici en présence d'un contrat innommé, c'est ce que nous révèlent deux passages de la première phrase du texte. En premier lieu, elle prévoit, quoique d'une façon un peu enveloppée, mais qu'il n'est pas impossible de dégager, la succession chronologique, et fort rationnelle d'ailleurs, des trois faits suivants, dont l'ensemble formera

β. — Notre constitution, avons-nous ajouté, exige comme seconde condition, pour que la convention dont nous nous occupons soit génératrice d'une action efficace, que le *promissor* ait obtenu la faveur ou la place à raison de laquelle il a fait solliciter pour lui, « *perceptis quæ voluit* », suivant les termes extrêmement vagues, mais très-significatifs, de l'*interpretatio* visigothe de notre loi. Cela revient à dire, au point de vue d'une analyse pratique, que Théodose a subordonné la naissance de l'action, *in persona suffragatoris*, contre le *promissor*, à la réalisation d'une condition, savoir le succès de la *commendatio*. Cette exigence peut paraître

---

le pacte : *postulatio*, d'abord, du *suffragium*, de la part du *promissor;* puis promesse d'intervention, que les mots « *et ob referendam vicem* » laissent entrevoir; enfin engagement du postulant au profit du *suffragator, ob referendam vicem*, c'est-à-dire en retour de ses bons offices, donc subordonné à la condition tacite à laquelle nous venons de faire allusion. (Ces mots se réfèrent en effet beaucoup plutôt, croyons-nous, en nous inspirant de l'esprit général du *principium* et de la traduction de *Doneau* citée note 99 *supra*, à la réalisation de cette condition, qu'à la promesse de rémunération faite en retour de la promesse d'intervention. Comp. *infra*, note 108. Cujas les traduit par *vicissim;* voy. Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 705. Au reste, il n'y aurait nulle erreur à les considérer comme faisant allusion au caractère synallagmatique du pacte. Comp. les passages de Cujas et de Godefroy cités *infra*, note 135.) Voilà la convention conclue; reste à la transformer en contrat innommé; or ce résultat se produira *cum ea quæ optaverit promissor, consequatur*. Car, pour qu'il obtienne ce qu'il désire, il faut précisément que le *suffragator* ait animé le pacte en l'exécutant, et cette exécution l'aura, du même coup, rendu obligatoire à son profit, pour l'auteur de la *postulatio suffragii*.

Rappelons, pour mémoire, que, dans le contrat innommé *facio ut des*, encore contesté et assez généralement repoussé au commencement du troisième siècle, Paul (L. 5 § 3, *De præsc. verb.*, D.), suivant en cela la doctrine de Pomponius (L. 16 § 1, *eod.*), dont on retrouve encore un écho dans un rescrit impérial de l'an 294 (Const. 4, *De dolo malo*, C. Just., II, 21), ne donnait qu'une action *de dolo*, tandis que, plus hardi et plus novateur, et consommant par là, en couronnant l'œuvre entrevue par Labéon sous Auguste (L. 50, fr. Ulp., *De contrah. empt.*, D., XVIII, 1; L. 1 § 1, fr. Papinian., L. 19, fr. Ulp., *De præsc. verb.*, D.), et ébauchée par Ariston au commencement du second siècle, le dernier progrès de la législation romaine en cette matière, son contemporain Ulpien accordait, non sans quelque timidité, sans doute, une *actio civilis*, c'est-à-dire l'*actio præscriptis verbis*. (L. 15, *De præsc. verb.*, D. — Dès le second siècle, Mauricianus, annotateur de Julien, dictait déjà la décision de l'avenir : L. 7 § 2, fr. Ulp., *De pactis*, D.) *A fortiori*, à raison de la différence des faits constitutifs des espèces, bien plutôt qu'à raison de la diversité des conventions qui sont au fond absolument les mêmes (voy. *infra*), se fût-il montré aussi libéral dans notre hypothèse, puisqu'il proclamait l'existence d'un *negotium*, c'est-à-dire d'une opération juridique génératrice d'obligation, et qu'à ses yeux une convention cessait d'être nue, comme le prouve la loi 15, par cela seul que d'un côté elle avait été suivie d'exécution, et quelle qu'ait été la nature des actes d'exécution. Du reste, la convention qu'il prévoit est identique à la situation réglée par Théodose. Car il

tout d'abord devoir tomber sous le coup de la critique. Car, étant admis qu'on tolère et qu'on regarde comme valable un pacte de ce genre, elle semblera d'une rigueur peut-être exagérée, pour peu que l'on songe qu'il dépendra de la décision d'un tiers (l'empereur) que le *suffragator* obtienne ou non l'objet de la promesse. Peut-être bien, est-ce, à vrai dire, s'ingérer un peu trop dans les conventions des parties, et fausser leur volonté, que de protéger à l'excès le débiteur, en contraignant le créancier à un zèle d'autant plus onéreux que, s'il pouvait bien promettre sa *commendatio*, ce qui dépendait de lui, il ne lui appartenait pas

---

suppose aussi que la dation n'a été promise, et ne devra être réalisée, qu'en cas de réussite et de succès : la seule divergence dans les éléments de fait découle de ce que, dans la loi 15, le bénéficiaire de la promesse joue un rôle moins actif que le *suffragator* dans l'hypothèse de la constitution de Théodose. Et c'est pourquoi Doneau parle avec raison d'un *a fortiori* dans ce dernier cas. (Voy. *supra*.) — Nul n'ignore, au surplus, que la doctrine d'Ulpien supplanta celle qui régnait encore dans la pratique, lorsqu'il écrivait le contenu de la loi 15; et c'est ce que révèlent, dès l'an 231, c'est-à-dire peu de temps après la mort d'Ulpien (comp. *supra*, note 5, p. 257, lig. 12 *in fine* et suiv.), un rescrit d'Alexandre Sévère (Const. 6, *De transact.*, C. Just., II, 4), d'autant plus remarquable que, quatre ans auparavant, ce prince avait statué en sens contraire (Const. 4, *eod.*), ainsi que la loi 22, fr. Gaius, *De præsc. verb.*, D. (cf. Gaius, III, § 143), dont le véritable auteur, dans son contexte actuel, est Tribonien, et enfin le § 1, *De locat. et cond.*, Inst. Just., III, 24. (Toute cette matière est magistralement traitée par M. Accarias, dans sa *Théorie des contrats innommés*, 11e et 12e conférences. Comp. 3e conférence, pp. 43 *in fine* et suiv. ; voir aussi *Précis de dr. Rom.*, t. 2, pp. 560 et suiv., n° 650; E. Thaller, *Etude critique sur les doctrines particul. au jurisconsulte Ulpien*, pp. 136 et suiv., n° 49.) — Aussi bien, à la fin du quatrième siècle, date à laquelle fut rendue la constitution de Théodose, le contrat *facio ut des* avait-il certainement pénétré dans la pratique, et l'action *præscriptis verbis* pouvait-elle en être l'incontestable sanction. Voilà pourquoi nous n'hésitons pas à l'accorder, *en certains cas*, au *suffragator*. (Voy. p. 339.) En certains cas, disons-nous ; car les choses ont pu se passer autrement que nous venons de l'indiquer. Nous devons ajouter effectivement que le *suffragator*, de son côté, pourrait fort bien, par stipulation, promettre au postulant qu'il le recommandera, par suite de la règle d'après laquelle : « *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri vel non fieri* » (§ 7, *De verb. oblig.*, Inst., III, 15), ou même qu'il fera tous ses efforts et usera de tout son crédit pour que l'empereur le nomme. (§ 3, *De inutil. stipul.*, Inst., III, 19.) Une pareille stipulation produirait assurément, en faveur de son bénéficiaire, une action *ex stipulatu*. (Pr., *De verb. oblig.*, Inst.; L. 75 § 7, fr. Ulp., *De verb. oblig.*, D., XL, 1.) D'autre part, rien n'empêcherait le postulant de promettre au *suffragator*, par une seconde stipulation, de lui faire telle ou telle dation, en retour de sa *commendatio*. Dans ce cas, l'action *præscriptis verbis* ferait évidemment place à la *condictio certi*, si la *stipulatio* avait été *certa*. (Inst., *eod.*) Mais ce qu'il est essentiel de remarquer, c'est que, pour être doté d'une autre action, le *suffragator* n'en tirerait, en principe, aucun avantage, relativement à la naissance de cette action à son profit. Car il est certain que la même condition tacite

d'en assurer le succès, ce qui n'était plus du domaine de sa volonté. Ce qui pourrait en outre être regardé comme bizarre, c'est de voir le législateur transformer, par l'adjonction d'une condition dont les parties n'ont parlé, ni explicitement, ni implicitement, semble-t-il au moins, un contrat qui se présente comme conditionnel (104), en un contrat essentiellement aléatoire pour le *suffragator* (105), si l'on n'oublie pas qu'il dépend de la volonté d'un tiers de faire s'accomplir ou défaillir la condition insérée par la loi dans la convention des parties. Cette théorie amènera d'ailleurs, au point de vue juridique, ce singulier résultat que, nonobstant la réalisation de l'unique condition à laquelle le *promissor* a entendu subordonner son obligation, le *suffragator* ne pourra pas, *ex ipso facto*, agir contre lui pour en réclamer l'exécution, contrairement à ce principe constant de droit, que l'accomplissement de la condition qui la tient en suspens donne naissance à l'action (106).

---

de succès la tiendrait en suspens, puisque Théodose ne reconnaît pas d'obligation à la charge du *promissor* en cas d'échec. Décider autrement, serait aller à l'encontre d'une constitution, partant, d'une loi d'ordre public, qu'il serait trop facile de méconnaître et de tourner, s'il suffisait de faire varier la forme de l'engagement. (Comp. toutefois note 115.) — Nous n'avons pas à revenir sur le sort soit d'une dation anticipée, soit de la promesse du postulant en cas d'insuccès; nous avons indiqué, en ce qui les concerne, le double résultat auquel conduit forcément, en cette hypothèse, la doctrine de notre constitution. (Voy. note 83, *supra*.)

(104) Je vous donnerai telle somme ou tel fonds, si vous me recommandez.

(105) Vous n'aurez d'action que si vous recommandez le *promissor* et que si vos recommandations ont abouti. Le texte est on ne peut plus formel sur ce point. « ..... *promissa restituant, cum ea, quæ optaverint, consequantur* ... »

(106) Voy. § 4, *De verbor. oblig.*, Inst., III, 15. — Doneau, avec qui nous avons pensé que la doctrine de Théodose semblerait de prime abord devoir tomber sous le coup d'un semblable reproche, Doneau fait un double rapprochement très-saisissant, qui serait de nature à fortifier singulièrement la critique de ce chef. Si, dit-il (*Opp.*, t. 7, col. 631, 6), étant candidat, vous aviez promis de l'argent à certains électeurs pour le cas où ils voteraient pour vous ; ou si, étant en procès, vous aviez promis tels honoraires à un avocat à la condition qu'il vous prêterait son concours, vous n'en seriez pas moins obligé, si votre cocontractant avait rempli son engagement, d'exécuter le vôtre, lors bien que les élections auraient mal tourné pour vous, ou que vous auriez perdu votre cause. Et comme le fait observer ce jurisconsulte à propos de l'avocat : « *Satis enim est eum fidem advocationis implere.* » (Voy., à ce sujet, Const. 11, *De condict. ob causam dat.*, C. Just., IV, 6.) Ces comparaisons sont d'autant plus frappantes, et l'analogie est d'autant plus complète avec l'espèce sur laquelle nous raisonnons, que rien n'empêche de supposer, avec leur auteur, l'hypo-

On peut toutefois défendre sinon la valeur morale intrinsèque de cette constitution, à tout le moins le point de vue auquel s'est, de ce chef, placé son auteur.

D'abord, mais cette raison à elle seule serait évidemment insuffisante en ce qu'elle ne rendrait pas la décision plus juridiquement exacte, on peut dire que le *suffragator* est censé ne pas ignorer quelle loi régit ses faits et gestes, et que, par conséquent, s'il use de son influence au profit d'un tiers, il agit à bon escient et à ses risques et périls : à lui de tout peser avant d'agir. Ce n'est là, toutefois, qu'une pure considération de fait. Mais le véritable motif qu'on doit faire valoir, c'est que nous nous trouvons ici absolument en dehors du droit commun. Théodose innove, et nous aurons bientôt l'occasion de voir que le droit singulier (« *jus singulare* ») (107), qu'il établit, n'a pas trait seulement au point que nous venons de signaler, mais aussi à l'acquisition même de la *res ob suffragium ferendum promissa.*

Une dernière considération très-puissante sera puisée dans cette idée que, par sa constitution, cet empereur a moins voulu s'en tenir à la partie matérielle, au corps même de la convention, à sa lettre, qu'à l'intention qui a dicté la volonté du *promissor* et qu'au but cherché par la partie qui s'oblige (108). Il a, en d'autres termes, préféré envisager plutôt le résultat désiré par le promettant, que les paroles mêmes de sa *promissio* (109).

---

thèse où un seul magistrat doit être élu, et que, dans tous les cas, tout procès où ne figurent que deux parties se termine infailliblement par la défaite de l'un des deux adversaires.

(107) Doneau, *ubi supra.*

(108) Les mots *ob referendam vicem* nous semblent contenir en germe cette volonté présumée. Comp. note 103, p. 333 *in init.*

(109) Arg. L. 6 pr., fr. Papin., *De servis export.*, D., XVIII, 7. « *Non tamen caret constitutio ratione. Nam cum Impp. magis contrahentium rationem habuerint quam verborum, existimarunt, in pecunia ob suffragium ferendum promissa, non tam de actu suffragandi, quam de effectu contrahentes cogitasse*, ARG. IN L. SI VENDITOR, D. DE SER. EXPORT. » (Donell., *Opp.*, *loc. sup. cit.*) C'est le cas de répéter avec Paul : « ... *Magis enim res, quam verba intuenda sunt.* » (L. 41 § 1, *De jure dot.*, D.), et surtout avec Papinien : « *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.* » (L. 219, *De verbor. signif.*, D., L, 16.) Comme il serait impossible au *suffragator* de promettre le succès de sa *commendatio*, Théodose vient à son secours, et lui épargne la peine de prendre cet engagement envers

Nous ajouterons enfin que, si l'on recherche le fondement de la condition que nous venons d'analyser, et le but pratique qu'elle poursuivait, on les découvre l'un et l'autre, sans trop grande difficulté, pour peu que l'on pénètre d'une manière un peu plus indiscrète dans les secrets de la vie, des coutumes et des agissements des *suffragatores*. Or, des faits demeurés célèbres dans l'histoire privée des Empereurs, nous apprennent que certains d'entre eux infligèrent le dernier supplice à des gens de cette espèce, qui, se jouant de la foi du contrat, s'étaient rendus coupables d'un manquement fort grave à la parole donnée. Les *suffragatores* avaient en effet parfois recours à un subterfuge dont on pouvait être d'autant plus aisément victime, qu'il procédait de la mauvaise foi et du mensonge ; il consistait à promettre et à ne pas tenir. Le *suffragator* vendait son intervention et se la faisait naturellement payer ; mais, dans cette sorte de vente unilatérale, ne figurait qu'un prix ; la marchandise était absente. De là le nom de *fumi venditores* ou vendeurs de fumée, donné par les Romains eux-mêmes (110) à ceux qui se rendaient coupables d'une pareille fraude, qu'Alexandre Sévère semble avoir pris à tâche de châtier (111), ainsi que des exemples irrécusables nous le prouvent de la manière la plus claire (112).

---

le *promissor*, en le sous-entendant dans la convention, et en subordonnant à sa réalisation l'obligation de ce dernier.

(110) C'est ainsi que Martial, cité par Cujas, emploie, au dire de cet auteur, dans un passage qu'il nous a été impossible de découvrir, l'expression : « *Vanos circum palatia fumos vendere.* » (Voy. *infra*, note 113, le passage cité de Cujas.) C'est ainsi encore que Capitolinus dit d'Antonin-le-Pieux (11) : « *Amicis suis in imperio suo non aliter usus est quam privatus : quia et ipsi nunquam de eo cum libertis suis per fumum aliquid vendiderunt* », et que Lampride, qui trace de la personnalité, de la cour et de l'entourage d'Alexandre Sévère un élogieux tableau (*Vita*, 66 et sq.), fait à ce prince beaucoup d'honneur de ce que : « ... *nec dedit alicui facultatem... fumorum vendendorum de se...* » (*Vita*, 67.) Voy. aussi *infra*, note 112.

(111) C'était d'ailleurs conforme à la ligne de conduite que nous lui avons déjà vu tenir (voy. *supra* page 307, texte et note 53), comme aussi au peu de considération dont il paraissait entourer les *suffragatores*. Car, au dire de son biographe, il avait souvent à la bouche ce proverbe grec connu sur les voleurs, paraît-il : Ὁ πολλὰ κλέψας, ὀλίγα δοὺς, ἐκφεύξεται, que Lampride traduit ainsi : « *Qui multa rapuerit, pauca suffragatoribus dederit, salvus erit.* » (Lamprid., *Alex. Sev.*, 18 *in fine.*)

(112) Nous faisons allusion ici à deux passages très-connus de Lampride, relatifs l'un et l'autre à Alexandre Sévère. Le premier n'est qu'un trait de la vie de ce prince :

Cela dit, en imposant la seconde des deux conditions dont nous avons parlé, Théodose a certainement eu en vue le méfait que nous venons de rappeler (113), et, en attachant l'action à la réussite de la *commendatio*, il a fait acte de prudence au profit du *promissor*, en même temps qu'il a, comme le remarque judicieu-

---

« *Qui de eo fumum vendiderat, et a quodam militari centum aureos acceperat, in crucem tolli jussit per eam viam qua esset servis suis ad suburbana imperatoria iter frequentissimum.* » (*Alex. Sev.*, 23 *in fine.*) Quant au second, il constitue une véritable anecdote, que nous avons trouvé curieux de relater ici (*Alex. Sev.*, 35 *in fine* et 36) : « *Solus post meridiem, vel matutinis horis idcirco numquam aliquos videbat, quod ementitos de se multa cognoverat : speciatim Vetronium Turinum : quem quum familiarem habuisset, ille omnia vel fingendo sic vendiderat, ut Alexandri, quasi stulti hominis, et quem ille in potestate haberet, et cui multa persuaderet, infamaret imperium : sicque omnibus persuaserat, quod ad nutum suum omnia faceret.* (Cf. *id.*, *eod.*, 67.)

Denique hac illum arte deprehendit, ut quemdam immitteret, qui a se quiddam publice peteret, ab illo autem occulte quasi præsidium postularet, ut pro eo Alexandro secreto suggereret. Quod quum factum esset, et Turinus suffragium promisisset, dixissetque se quædam imperatori dixisse, quum nihil dixisset, sed in eo pendere, ut adhuc impetraret, eventum vendens : quumque iterum jussisset Alexander interpellari, et Turinus, quasi aliud agens, nutibus annuisset, neque tamen interim quidquam dixisset, impetratum autem esset quod petebatur, Turinusque, ab illo qui meruerat (voir sur ce dernier mot, Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 253, *notæ (i)*), *fumi venditor, ingentia præmia percepisset ; accusari eum Alexander jussit, probansque per testes omnibus, et quibus præsentibus quid accepisset, et quibus audientibus quid promisisset, in foro Transitorio ad stipitem illum ligari præcepit, et, fumo appositio, quem ex stipulis atque humidis lignis fieri jusserat, necavit, præcone dicente : « Fumo punitur, qui vendidit fumum. » Ac ne una tantum causa videretur crudelior fuisse, quæsivit diligentissime, antequam eum damnaret : et invenit Turinum sæpe et in causis ab utraque parte accepisse, quum eventus venderet, et ab omnibus qui aut præposituras aut provincias acceperant.* » Doneau (t. 7, coll. 629 *in fine* et sq., 3) faisait avec raison observer, qu'il ne faudrait pas s'autoriser de cet exemple, pour soutenir qu'Alexandre prohibait le *suffragium* dont il est question dans la loi de Théodose. « *Exemplum autem Alexandri ad hanc caussam non pertinet ; est enim constitutum adversus eum qui diceret, se honorem impetrasse quem non impetrarat, et ad rem malam operam venditabat. Mendacium igitur et fumi verborum vindicati sunt ab Alexandro, non vero suffragium, de quo hic agitur.* » Cf. *supra* texte et note 53.

(113) Cette opinion peut s'autoriser du passage suivant de Cujas, d'où nous l'avons induite : « *Ex hac igitur constitutione apparet, eos, qui valent gratia apud Principem, posse recte vendere suam suffragationem, id est, suffragationis suæ præmia jure capere, suffragia eorum eblandiri, et pecunia elicere permitti : sunt tamen in aula qui simulant se suffragari, cum non suffragentur, nec quicquam re ipsa efficiunt, sed ostentant se facturos, qui dicuntur a Martiale,* VANOS CIRCUM PALATIA FUMOS VENDERE. *Ad eos hæc constitutio non pertinet, sed ad veros suffragatores, quibus non datur actio antequam nos voti compotes fecerint, ut hæc lex indicat.* » (Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 705 ; cf. t. 8, col. 101.) Comp. aussi Godefroy : « ... *Nempe suffragatoribus hactenus favendum est, et vero* H. L. *favet Theodosius M. qui rem*

sement Godefroy (114), mis un frein à la cupidité des *suffragatores* (115).

A supposer à présent la réunion des deux conditions exigées, une double action pourra, suivant les cas, compéter au *suffragator*.

Tantôt, ce sera une *condictio certi*, si le *promissor* s'est engagé par stipulation (116); sinon, ce sera l'action *præscriptis verbis* (117). Enfin, si l'on décide que Théodose met au service du *suffragator* une action nouvelle, inconnue avant lui, comme l'estime à bon droit Cujas (118), à raison du caractère illicite dont la convention

---

effectam dedere, non fumi venditoribus, de quibus sunt notissima jam apud Historiæ Augustæ Scriptores loca. » (Gothof., *Opp.*, t. 1, f° 257, col. rect.)

(114) Gothof., *Opp.*, t. 1, foll. 256, col. sin., et 257, col. rect.

(115) La condition que nous venons d'analyser était-elle à ce point d'ordre public, que le *suffragator* n'aurait pas pu exiger un salaire pour le seul fait de son intervention ? Nous ne le pensons pas ; et telle était aussi le sentiment de Godefroy (*eod.*, f° 257, col. rect.) : « *Etsi non abnuam et illud conveniri non improbo more posse, ut pro sola opera et suffragio actuque et ad vicem remunerandam quid detur, etsi cliens desiderio vel voto exciderit, ut ita conatus in laude sit, neque* ἀντιδώρῳ *careat, etsi effectu careat.* » Nous ne pensons donc pas devoir appliquer ici la seconde partie de la règle que Dioclétien et Maximien formulent en disant : « *Pactum neque contra bonos mores neque contra leges emissum valet.* » (Const. 2, *De pact. et transact.*, C. Hermogen., tit. IV.) Seulement, il faudra supposer un engagement formel et spécial du *promissor*, touchant la rémunération des seules démarches opérées en sa faveur, et considérées en elles-mêmes d'une façon particulière. Cela se réaliserait aisément, dans le cas où le *suffragator* promettant ses bons offices, le postulant subordonnerait à leur mise en œuvre la promesse d'une récompense ultérieure, destinée à compenser sa peine. Car le fait seul d'employer son activité au profit du *promissor*, en vertu d'une stipulation conditionnelle, ou d'un contrat *facio ut des*, intervenu à cet effet, entraînerait l'accomplissement de la condition suspensive de sa créance contre lui. On pourrait pareillement supposer l'hypothèse inverse d'une dation préalable au fait d'intervention, que l'obligation de la faire découle ici encore d'une stipulation conditionnelle, ou d'un contrat *do ut facias* exécuté *a parte dantis*. Mais nous exigeons dans ces deux séries de cas une obligation spéciale, relative à la rémunération du *conatus* ou de l'*opera*, des efforts, en un mot, du *suffragator*. Autrement, un engagement pris par le *promissor* d'une manière générale, serait, d'après nous, subordonné à la condition tacite, suspensive ou résolutoire, de succès, sur laquelle nous venons d'insister. (Comp. pp. 333 et suiv., et note 83.)

(116) Pr., *De verb. oblig.*, Inst., III, 15. Il est entendu que le *suffragator* ne saurait agir par voie de *condictio certi*, que si l'objet de la stipulation faite à son profit par le *promissor* constituait un *certum*. C'est ce que suppose d'ailleurs Théodose, ainsi que le prouve la rubrique de notre titre au Code Théodosien : *Si certum petatur de suffragiis*. Et il faut bien reconnaître que l'empereur a envisagé l'hypothèse qui devait être de beaucoup la plus fréquente.

(117) Arg. L. 15, fr. Ulp., *De præsc. verb.*, D. Voy. *supra*, note 103.

(118) *Opp.*, t. 8, col. 101, *Ad tit.* III, *De suffragio.* — Comp. la note suivante.

aurait alors été regardée comme entachée, il faudra dire que ce sera par une *condictio ex lege* que le *suffragator* réclamera, si besoin est, l'exécution de l'engagement du *promissor* (119).

II. — En ce qui concerne maintenant l'acquisition au *suffragator* de la *res promissa,* Théodose établit, dans les §§ 1 et 2, une distinction très-tranchée, selon que l'objet de la promesse porte sur de l'or ou de l'argent, ou sur toutes autres choses mobilières (120), d'une part, ou, d'autre part, sur des *prædia rustica vel urbana.*

α. — Dans le premier cas (§ 1), une simple tradition est néces-

---

(119) L. unic., fr. Paul., *De condict. ex lege*, D., XIII, 2 : « *Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege,* QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR, *ex lege agendum est.* » — Cf. L. 41 pr., *De oblig. et act.*, D., XLIV, 7, où le même jurisconsulte écrit : « *Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere.* » — *Adde* Donell., *Opp.*, t. 7, coll. 631 *in fine* et seq., 7. — Des développements qui précèdent, il ressort avec évidence qu'à nos yeux, notre constitution renferme, d'une manière prudente, sans doute, et avec une certaine rigueur de conditions, une innovation législative, qui contient peut-être une régularisation légale d'une pratique jusque-là indépendante de la loi, et qui était parvenue à en vaincre les prescriptions. (Voy. pp. 307 et suiv.) Son style, la manière générale dont elle est conçue, l'ensemble de ses décisions, pourraient, au besoin, venir à l'appui de cette assertion. Mais ce qui, d'une façon plus directe, nous paraît en démontrer péremptoirement le bien fondé, c'est, d'une part, son rapprochement de celle de Julien; c'est, de l'autre, la *condictio* qu'elle donne au *suffragator*, la réglementation minutieuse et détaillée qu'elle fait des effets acquisitifs de la convention qu'elle légitime, et dont elle assure désormais l'exécution ; c'est enfin le *jus singulare* qu'elle introduit, *jus singulare* dont nous avons parlé plus haut, relativement à la naissance de l'action, et que nous allons avoir à constater derechef en ce qui touche l'acquisition au *suffragator* de l'objet de la promesse. Aucune de ces données ne saurait cadrer avec l'idée que Théodose ne ferait ici que confirmer une législation antérieure. (Cf. Donell., *Opp.*, t. 7, col. 632, 8 : « *Valet præterea superior conventio ad rei ex ea causa traditæ acquisitionem, sed et hac parte jus singulare constitutum est, ut in caussa nova.* ») Nous pensons donc que c'est une *condictio ex lege* qui compète au *suffragator*. Il convient de rappeler ici l'observation déjà faite note 116 : c'est que cette *condictio* sera tantôt *certi,* comme le suppose Théodose, et tantôt *incerti*, suivant la distinction indiquée.

(120) Il faut évidemment ajouter *nec mancipi;* car, sinon, la tradition ne suffirait pas à en faire passer la propriété civile ou quiritaire sur la tête du *suffragator*. Cette addition est encore nécessaire à l'époque où nous nous plaçons, puisque ce n'est que Justinien qui a effacé, en 531, la distinction vivante jusqu'à lui des *res mancipi et nec mancipi.* (Const. unic., *De usuc. transf.*, C. Just., VII, 31.) — Au surplus, il est évident que Théodose sous-entendait ces mots dans sa pensée, d'une part, parce que les termes « *vel in ceteris mobilibus* » suivent l'énumération de deux *res nec mancipi, aurum vel argentum ;* de l'autre, parce qu'il n'est ensuite question que de tradition. On doit donc se garder de donner au mot *cetera* toute l'extension qu'il comporte d'ordinaire, et on doit le traduire en en restreignant la portée par l'adjonction indiquée.

saire (121), mais suffit, pour faire passer le *dominium* de la tête du débiteur sur celle du créancier (122). Solution de tous points conforme au droit commun, sous le bénéfice de l'observation faite à la note 120 ci-dessus (123).

β. — Mais, dans la seconde hypothèse (§ 2), Théodose ordonne que le *dominium* de *res immobilis* ne passe de son ancien propriétaire (« *de veteri jure discedere* ») au *suffragator*, qu'avec le concours des trois conditions suivantes (124) : il exige d'abord un écrit (*scriptura*), constatant la convention et la volonté de transmettre (125), puis une *traditio corporalis* (126), qu'il oppose

---

(121) Const. 20, *De pactis*, C. Just., II, 3.

(122) « § 1. *Sed si quid eo nomine in auro vel argento vel in ceteris mobilibus datum fuerit, traditio sola sufficiat, et contractus habebit perpetem firmitatem, quoniam collatio* — (« COLLATIO *pro traditione* », dit Godefroy, *Opp.*, t. 1, f° 256, *notæ* (*n*) et f° 257, col. rect.) — *rei mobilis inita* — (« *seu facta* », *Id.*, *eod.*, f° 257, *loc. cit.*) — *integra fide* — (c'est-à-dire BONA ou SINCERA FIDE, dit Cujas, *Opp.*, t. 7, col. 473; cf. col. 705; comp. Gothof., *Opp.*, *eod.*, f° 257, col. rect. : «... *id est plena perfecta animi contestatione (quomodo mera fide et integra veritate dicitur* L. 13. INF. DE CENSITORIBUS, *mera fide*, L. 19. COD. JUST. DE TESTAM. *de quo v. not.* AD L. ULT. SUP. DE INOFF. TESTAM.) *nullaque circumscriptione...* » — Voy. aussi *infra*, note 133.) — *hac ratione cumulatur.* » — (« *id est, hoc modo perficitur translatio dominii.* » Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 705. — « HAC RATIONE CUMULARI : HAC RATIONE... *id est sola traditione perfici, neque alia re indigere, non scriptura, non gestis publicis.* CUMULARI *ea dicuntur, quæ ad plenum et ad summum perducuntur, quæ suum modum finemque adsequuntur, nullius præterea rei indiga.* » Gothof., *Opp.*, *ubi supra;* cf. f° 256, *notæ* (*p*).) Cf. l'*interpretatio* de notre constitution.

(123) L. 9 § 3, fr. Gaius, *De adquir. rer. domin.*, D., XLI, 1; Gaii Inst., II, 19 et sq.; § 40, *De divis. rer.*, Inst., II, 1. — Voy. l'observation faite note 120.

(124) « ..... *Quæ ad formam actus præscribuntur* », comme dit Godefroy. (*Opp.*, t. 1, f° 258, col. sin. *in init.*) — Le commentaire de Doneau manque ici d'analyse et de précision, en ce qu'il ne détaille pas avec assez de netteté la triple exigence de notre constitution. Il se borne à dire : « *Sed si prædia et res immobiles ex hac caussa promissæ sint, placet, quanvis in iis rebus ultro a promissore traditis, tamen dominium in accipientem non transferri, nisi instrumentum interpositum sit, quo declaretur ea prædia easque res ob suffragium ferendum promissas esse, et ex caussa esse traditas.* » (Donell., *Opp.*, t. 7, col. 632, 8.) Godefroy est beaucoup plus méthodique. Voy. les notes 125, 127 et 128.

(125) Godefroy (*eod.*, f° 258, col. sin.) fait, au sujet de cette *scriptura*, la remarque suivante : « *Primo* SCRIPTURA *requiritur, qua prædium in alium transferatur; scriptura scilicet ut in aliis multis casibus, et negotiis magni momenti, pro forma seu ad formam actus requiritur (de quo alibi, etiam in* DIATRIBA DE CHOREPISCOPIS, *et ad* L. 1. SUP. DE MANDATIS PRINCIPUM) : *Ita et hoc casu ubi de prædiis agitur in alium transferendis pro suffragio, seu salario.* »

(126) Ces mots se retrouvent employés, en ce qui concerne la donation, dans une constitution de Constantin (Const. 1 § 2, *De donation.*, C. Th., VIII, 12), et dans la *Lex Romana Visigoth.* (*Interpret.*, tit. 5 § 1); mais il est clair que le mot *traditio*

ici à la *traditio ficta* (127), et enfin des *gesta* ou *acta publica* mentionnant l'accomplissement des formalités, établissant, en d'autres termes, que tout s'est passé conformément aux prescriptions légales (128). Décision que Doneau (129) commente endisant: « *In quo, ut dixi, jus singulare constitutum est, et præter rationem juris. Nam scripturæ et instrumenta omnia, tam privata quam publica, ad substantiam rei gestæ nihil pertinent; et quod gestum est, sine instrumentis valet, si aliunde habeat probationem.* » (130)

Ce *jus singulare*, dont la sanction réside dans l'impossibilité pour le *suffragator* d'acquérir le *dominium* de la *res immobilis* en l'absence de l'une quelconque des trois conditions essentielles ci-dessus relevées (131), trouve sa raison d'être dans cette idée, que les aliénations de ce genre ne doivent être permises qu'avec certaines restrictions, dans ce double but, que les gens aisés sans influence, et surtout les malheureux, ou tout au moins les nécessi-

---

employé seul a une signification aussi précise, ainsi que le prouve la *Lex Rom. Burgund.*, dite *Papian. resp.*, tit. 22 § 5, rapprochée des deux autres textes.

(127) « *Secundo requiritur* TRADITIO CORPORALIS, *Ut dominium ejus transferatur, non ficta forte* », dit Godefroy (*eod.*).

(128) « *Postremo requirantur* GESTA (*Judicialia scilicet*) *seu acta publica* », ajoute le même interprète (*eod.*) : « *quæ* REM COMPLETAM *fuisse testentur : id est, negotium rite peractum secundum leges.* » Godefroy relève ensuite, avec raison, l'erreur de ceux qui rapportent les mots *rem completam* à la même idée que celle exprimée par la phrase : *cum ea quæ optaverint consequantur.* « *Errant enim, qui eodem referunt hæc verba, quo superiora illa,* CUM EA QUÆ OPTAVERINT CONSEQUANTUR : *Hæc enim verba indicant complementum gestorum, non eventum suffragii.* »

(129) A la suite du passage cité note 124.

(130) Voy. L. 4, fr. Gaius, *De pignor. et hypoth.*, D., XX, 1; L. 4, *id.*, *De fide instrum.*, D., XXII, 4; Constt. 9 et seq., *De fide instrun.*, C. Just., IV, 21. — Comp. sur tout ceci Cujas, *Opp.*, t. 7, col. 705. Voy. aussi la note suivante *in fine*.

(131) Le § 2 de notre constitution, qui renferme la triple exigence par nous examinée, est très-explicite sur ce point : « *Quodsi prædia rustica vel urbana placitum continebit, scriptura, quæ ea in alium transferat, emittatur, sequatur traditio corporalis, et rem fuisse completam gesta testentur; aliter enim ad novum dominum transire non possunt, neque de veteri jure discedere.* » Cf. l'*interpretatio.* — « ALITER, *si horum unum deficiat, prædium suffragatori adquiri non potest..... : et sic ratione accipientis et tradentis actus inefficax est : ut cæteroquin cassa sunt et inutilia, quæ peraguntur non observata forma essentiali legibus præscripta.* » (Gothof., *Opp.*, f° 258, col. sin.) Voy. ci-dessus note 124 au début. — Il y a dérogation au droit commun, en ce que la seule tradition, suffisante pour le transport de la propriété dans la vente et l'échange, par exemple, ici ne suffit plus, mais doit se trouver accompagnée des deux autres circonstances indiquées par Théodose.

teux, qui peuvent avoir une requête à présenter au Prince, ou une faveur à lui demander, n'aillent pas, tête baissée, inconsidérément et à l'aveugle, rémunérer les services des courtisans qu'ils emploient à cette fin, et que ceux-ci, de leur côté, ne profitent que d'une manière trop éhontée de la situation des uns ou des autres, pour leur arracher un salaire scandaleusement exagéré (132). Or, rien ne saurait mieux prémunir contre ce double péril, que l'observance de la triple prescription dont nous venons de passer en revue les éléments divers. Car ils serviront à la fois à protéger la prodigalité contre elle-même, et à assurer que le *promissor* n'a

(132) Ce motif, qui nous paraît être celui qui a inspiré le § 2 de la constitution de Théodose, ne met nullement obstacle à ce que l'empereur, par le mot *desideria*, vise une requête quelconque, et, par exemple, ayant pour but d'obtenir *honorem aliquem*. Il ne faudrait pas objecter qu'il sera rare de voir un homme malheureux ou simplement nécessiteux solliciter une charge honorifique, étant donné que, de tout temps, les honneurs ont toujours plus coûté qu'ils ne rapportent. (Comp. *Introd. gén.*, note 58, et voy. surtout *infra*, note 161.) La réponse serait fort simple. D'abord, il a existé de tout temps aussi des gens qui, plus riches d'ambition que de deniers, briguent les honneurs sans scrupule, et envahissent les hautes fonctions sans avoir à redouter le danger que nous venons de signaler; ensuite, de ce que l'on songe surtout à une certaine catégorie de personnes, il n'en résulte pas qu'on n'ait exclusivement qu'elle en vue; d'autre part, enfin, les riches sans crédit auprès des grands, qui se voient obligés de recourir aux *suffragatores*, sont également dignes de protection, la prodigalité ayant plus de prise sur les bourses bien meublées, et la rapacité des courtisans s'attaquant aussi bien et avec plus de cœur encore à l'opulence qu'à la pauvreté. (Lamprid., *Alex. Sev.*, 36, par les mots dont nous l'avons vu se servir note 112, « *ingentia præmia percepisset* », prouve bien que nous ne sommes pas ici dans le domaine de l'hypothèse.) C'est pourquoi, si nous admettons avec Godefroy que Théodose a voulu, tout en favorisant les *suffragatores*, réfréner leur cupidité, nous ne saurions reconnaître avec cet interprète que sa constitution a été inspirée dans cette seule vue (voy. *supra* p. 314, troisième alin.), parce qu'elle viserait seulement des gens dont la situation est précaire. (*Miseri clientes atque in necessitate constituti*, etc... Voy. Gothof., *Comment. ad h. Const. passim.*) Ce qui prouve bien que sa portée est plus large, c'est qu'aucun *modus* n'est imposé au salaire des *suffragatores* (voy. note 142), qu'il s'agisse de *res mobiles* ou de *res immobiles*, et que, dès lors, l'importance de la rémunération pouvait être et était parfois considérable. (Voy. Lamprid., *loc. sup. cit.*) Nous ajouterons que les termes mêmes de notre texte nous conduisent à la solution que nous proposons, puisque Théodose ne parle pas uniquement des promesses d'immeubles, § 3 (et on sait qu'à cette époque, la fortune immobilière constituait la principale source de la misère), mais encore des promesses d'or et d'argent, § 2, ce qui suppose clairement qu'il n'était pas que les *miseri qui desideria sua explicare cupientes, ferri sibi a quoquam suffragium postulabant*. Telle est aussi la raison pour laquelle nous nous refusons absolument à restreindre le sens du mot *desideria*, comme l'ont fait l'auteur de l'*interpretatio* de notre loi, dont ce n'est pas, au surplus la seule erreur (voy. note 135, *in fine* de la première observation), et, à maintes reprises, Godefroy, trompé par lui, dans son Commentaire.

été victime ni de violence ni de crainte, et que le *suffragator* n'a abusé ni de ses ressources ni de ses besoins (133).

III. — Notre constitution se termine (§ 3) par une défense faite au créancier de se mettre, de son autorité privée (134), en possession des choses promises, lors bien que le *promissor* se rendrait coupable d'un retard volontaire à livrer ; et, en cas d'infraction à cette prohibition, qui suffit à elle seule à témoigner de la rapacité des courtisans de cette époque, elle édicte des peines contre le *suffragator*, qu'elle considère comme *violentiæ reus* (135). —

---

(133) Comme le dit très-bien Godefroy (*eod.*, f° 258, col. sin.) : « *Nihil est, quod inconsultæ facilitati, effusæque liberalitati magis modum ponat, quam triplex hæc forma et observatio :* SCRIPTURA, TRADITIO, *et* GESTA PUBLICA. *Quæ si tria perficiantur, jam de mera fide, et ut hæc lex loquitur,* DE INTEGRA FIDE, *non extorta vi, metu, aut necessitate, liquere potest.* » Puis il fait un double rapprochement qui est fort juste : « *In summam alioquin effusis hujusmodi in necessitate constitutorum liberalitatibus occurrere, modumque posuere legum decreta : vid.* L. 8. INF. DE MEDICIS ET PROFESSORIB. (C. Th., XIII, 3). *et* L. 3. D. DE EXTRAORD. COGNIT. (L, 13) *ne quid dicam de Litium redemptoribus, ergolabis, deque pacto, de quota litis. Certe in donationibus aliis triplex quoque hic modus positus, et fibula imposita, et quidem res immobilis : puta scriptura* L. 1. 2. 3. 8 INF. DE DONATIONIB. (VIII, 12) *Traditio corporalis,* D. L. 1. 4. 5. IN FIN. 6. 7. 8. D. TIT. *et Gesta publica,* D. L. 1. IN FIN., L. 3. 5. 6. 8. D. TIT. L. 1. 3. ULT. DE SPONSALIB. (C. Th., III, 5) L. 9. INFR. DE INFIRM. HIS QUÆ SUB TYRANNIS. »

(134) Doneau indique fort bien la raison et la portée de cette défense : « *Coercetur autem is solum qui occupavit rem promissam, cum solo commonitorio uteretur, propterea quod, si ad conventionem et instrumentum voluntas domini accesserit, occupatio impunita est.* » (Donell., *Opp.*, t. 7, col. 633, 10 *in fine.*)

(135) « § 3. *Quod si quis, dum solo commonitorio de suffragio nititur, bona duxerit occupanda, reus temeritatis* (« TEMERITATIS *vox propria de vi, seu violentia* », dit Godefroy, t. 1, f° 256, *notæ* (*x*)) *ac violentiæ retinebitur, atque in statum pristinum possessio reducetur, eo a petitione excluso, qui non dubitavit invadere, quod petere debuisset.* » — Nous ferons sur ce texte trois observations portant toutes trois sur les termes dont il se sert :

1° La première, c'est que la pénalité qui s'y trouve contenue n'est pas édictée dans la même forme au Code de Justinien qu'au Code Théodosien, dont nous avons reproduit ponctuellement la teneur. Dans le premier de ces deux recueils, la particule *de* a été, par suite d'une erreur de copie sans doute, omise entre les mots *commonitorio* et *suffragio*, ce qui rend ces deux termes inintelligibles : aussi bien, cette leçon est-elle inadmissible (Donell., *Opp.*, *eod.*, coll. 632 *in fine* et seq., 10), et, si l'on veut avoir sur le sens du texte une idée claire, précise et exacte, il faut se reporter à l'original, au Code Théodosien. — Alciat, ainsi que le fait remarquer Doneau (*loc. cit.*), a donné à tort au mot *commonitorium* (terme qui, pour le dire en passant, a servi de titre à l'espagnol Saint Orience, dans son poème apologétique du Christianisme, en vers élégiaques) la signification de « *conventio tacita de suffragio sine scriptura interposita.* » (Lib. 2. παραδοξ. cap. 14, d'après Doneau.) Au contraire, Brisson, dans son *Lexicum*, et Doneau (*ubi supra*, col. 633, 10) interprètent avec plus de raison ce

Cette pénalité revêt, par là même, un double caractère : elle est à la fois criminelle et pécuniaire.

---

terme dans le sens de « *scriptura et instrumentum de suffragio interpositum.* » — « *Nam omnis scriptura et omne instrumentum commonitorium est* », dit Doneau; « *fit enim de rebus, ut de iis gestis nos commonefaciat. Unde et instrumenta a veteribus dicuntur monumenta*, L. CELSUS DE PROBAT. (Il y a ici erreur; la loi visée est de Marcellus, L. 10, D., XXII, 3) *utrumque a monendo; ut ex eadem origine eandem significationem esse appareat. unde intelligitur locum hunc ita legendum esse, ut legitur in C. Theodos. sub eod. tit.* SI QUIS SOLO COMMONITORIO DE SUFFRAGIO NITATUR. *Hic enim designatur, non commonitorium suffragium, cujus verbi nulla esset idonea sententia; sed commonitorium, id est instrumentum de suffragio commonitorio.* » — Cujas, de son côté, corrige à deux reprises le texte du Code de Justinien (Cujac., *Opp.*, t. 7, coll. 473 et 705), et il nous donne (col. 705) les détails suivants sur le mot *commonitorium* : « *Commonitorium vocat* (lex) *promissionem suffragatori factam ex scripto si suffragaretur promissori : ex hoc commonitorio est actio si certum petatur, quæ tamen amittitur si promissa suffragator sua auctoritate invaserit, non expectata traditione, et scriptura non confecta. Commonitorium generaliter aliis locis accipitur pro memoriali libello, qui alteri datur; et sic libellus de suffragio, quo rogatur suffragator, quoque ei promittitur vicissim aliquid, commonitorium dicitur. Et ita in Concilio Carthaginiensi commonitorium Zonaras interpretatur mandatum, quod legatis datur.* » (Cf. Cujac., *Opp.*, *eod.*, col. 473.) Après le passage précité, Cujas ajoute : « *Hoc loco est suffragatori facta sponsio ex scripto, quæ pro stipulatione habetur : quia cum scriptum est, aliquid alicui promissum, omnia videntur acta solemniter. Ideoque hæc actio si certum petatur de suffragio est ex stipulatione. Male putat heic Accursius, pactum nudum parere actionem si certum petatur, quo nomine recte ab Alciato reprehenditur.* » — Il ne faut pas se laisser tromper par ces mots, ni surtout en exagérer la portée. La *scriptura*, d'une part, ne fait que constater la convention, *placitum*, la promesse, qui lui est antérieure, et que la théorie doit toujours envisager en elle-même, et comme étant indépendante des conditions à l'accomplissement desquelles est soumise sa réalisation ultérieure (comp. p. 341 *in fine*, texte et note 125); d'autre part, l'action dont il est ici question ne naîtra pas toujours d'un *scriptum* tenant lieu de stipulation. Ce qui le prouve avec évidence, c'est que quand l'objet de la promesse porte sur des *res mobiles*, on voit disparaître l'exigence de cette *scriptura*. — Enfin Godefroy écrit pareillement (*eod.*, f° 258, coll. sin. et seq.) : « COMMONITORIO, *inquam*, DE SUFFRAGIO : *quomodo hic diserte habetur, et in MSS. Justinianeis; at non et editis, ubi vox*, DE, *male omissa est : id est, scriptura clientis* (cf. *id.*, *eod.*, f° 257, col. sin.) *qua quis suffragium suscipere rogatur, eidemque pro labore, suffragio, ad referendam vicem, si ea quæ optaverit consequatur, aliquid promittebatur : Duo enim hæc hujusmodi commonitorio continebantur, mandatum scilicet suscipiendi suffragii, et* ἀντιδώρου *promissio, sponsio; id quod* COMMONITORIUM DE SUFFRAGIO *dicitur, ad differentiam commonitorii super seu de alia re, id est super suffragio præstando : neque enim audiendi sunt qui hoc postremo loco* SUFFRAGIUM *accipiunt pro dono et munere, etsi alibi eo sensu id accipi non negem.* COMMONITORIUM *est libellus, quo velut memoriali et monitorio negotium aliquod committebatur :* ὑπομνηστικὸν *Glossis,* ἐπιστολὴ προστατικὴ *in* GLOSSARIO NOMICO : *quo implenda quædam mandantur, ut testatur quoque Symmachus* LIB. 1. EP. 69. *et* LIB. 5. EP. 26. *Ammianus Marcellinus quoque qui sub Theodosio* HUJUS L. *auctore scripsit,* LIB. 28. CAP. I. COMMONITORIUM, *inquit,* REPERTUM EST MANU SCRIPTUM HYMETII *(ad Amantium Haruspicem)* PETENTIS, UT OBSECRATA RITU SACRORUM SOLEMNIUM NUMINA ERGA SE IMPERATORES

A. — En effet, l'*accusatio criminis de vi* est organisée contre tous ceux qui ont usé de violence, « *qui vim fecerunt* », dit Doneau (136), par la « *lex Julia de vi privata, aut de vi publica* », ou « *de vi publica seu privata.* » (137) Or le *suffragator*, qui se met de lui-même en possession, « *vim facit* », selon l'expression de Cujas (138).

B. — Quant à la peine pécuniaire, elle se présente à son tour sous un double aspect, ainsi qu'il résulte du rapprochement de notre texte avec une autre constitution :

α. — D'abord, Théodose décide (*in fine*) que la possession retour-

---

DELINIRENT. *Horum commonitoriorum privatorum exemplum alterum elegans extat* L. ULT. IN FIN. INFR. DE ACCUSATIONIB. (C. Th., IX, 1.) » Et il ajoute plus bas : « *Unde jam apparet, Interpretem* HUJUS LEG. *et alios ex recentioribus largiter falli, cum verba hæc,* SOLO COMMONITORIO, *de suffragio interpretantur sine scriptura; et sic nudam exhortationem, tacitam conventionem, nudas preces de suffragio suscipiendo : nam imo contra, ut ostendi,* COMMONITORIUM *est* ὑπομνηστικὸν *scriptum, et* ἐπιστολὴ προστατικὴ. »

2° Notre seconde observation a trait au mot *reus*, qui signifie ici *coupable de*. Tel n'est pas toujours son sens. Ce terme, en effet, d'après sa signification très-ancienne, désigne toute personne jouant un rôle dans un contrat. Par suite, *reus satisdandi*, parfois opposé dans le même texte à la locution *reus satis accipiendi* (ex. gr. L. 34 § 8, fr. Julian., *De solut.*, D., XLVI, 3) est synonyme de débiteur, par opposition à créancier. Plus tard, le mot *reus* s'entendit d'un plaideur dans un procès, et plus spécialement du défendeur à une action, ce qui est tout naturel sous le système formulaire, un contrat judiciaire se formant *inter partes* par la *litis contestatio*, et enfin, par voie d'extension, d'accusé ou même comme ici de coupable. (Voy. Pomp. Festus, lib. XVI, v^is REUS, REUS STIPULANDO et REUS PROMITTENDO, éd. Panck., t. 194, pp. 483 et suiv., et 517 *in fine*.)

3° Notre dernière remarque, de peu d'importance, est relative à l'expression « *retinebitur.* » Doneau (*ubi supra*, col. 632, 9) fait sur ce terme, qu'il ne trouve pas exact, la critique suivante : « *Quod si quis occupavit, pœna hic constituitur, ut qui occupavit, violentiæ reus teneatur; sic enim legendum est, non ut vulgo,* RETINEATUR. *Hic enim incipit teneri, cum prius non teneretur.* » Mais Godefroy (*eod.*, f° 256, *notæ* (*y*)) condamne avec raison cette opinion plus spécieuse et plus subtile que vraie : « RETINEBITUR », dit-il, « *pro simplici* TENEBITUR : *ut Interpr. neque ideo tamen ita hic legendum, quod voluit Donellus.* RETINERI, *passim pro* TENERI. V. GLOSS. TH. »

(136) Donell., *Opp.*, t. 7, col. 632, 9.

(137) Ces deux expressions se rencontrent aux Institutes. (§ 6, *De interdict.*, IV, 15, et § 8, *De publ. judic.*, *eod.*, 18.) Il existe au Digeste deux titres qui portent pour rubriques : *Ad legem Juliam de vi publica*, et *Ad legem Juliam de vi privata* (XLVIII, 6 et 7), puis au Code Théodosien et au Code de Justinien, un titre unique, correspondant aux deux précédents, sous la rubrique : *Ad legem Juliam de vi publica, et* (ou *vel*) *privata.* (C. Th., IX, 10 ; C. Just., IX, 12.) — *Junge :* L. 12 § 2, fr. Ulp., *Quod metus causa*, D., IV, 2, et L. 1 § 2, *id.*, *De vi et de vi arm.*, D., XLIII, 16.

(138) Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 705.

nera au *promissor* (« ..... *in statum pristinum possessio reducetur*..... ») (139) et que le *suffragator* créancier, qui s'est ainsi permis de se mettre en possession de biens qu'il aurait dû demander, perdra son action (« *eo a petitione excluso, qui non dubitavit invadere, quod petere debuisset* ») (140).

β. — En second lieu, nous savons que, par une constitution de près de cinq ans antérieure à la nôtre (17 Kal. Jun. 389), à laquelle Justinien fait deux fois allusion aux Institutes (141), les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius ont établi que si « *ante adventum judicialis arbitrii* », le *dominus* se mettait, *per vim*, en possession de sa chose, il serait déchu de son droit de propriété, et tenu de restituer ce dont il s'était emparé à l'aide de violences ;

---

(139) Ce n'est là, en ce qui concerne les immeubles, qu'un effet de l'interdit *unde vi* : L. 1 §§ 1 et 31, fr. Ulp., *De vi*, D., XLIII, 16. Voy. M. E. Machelard, *Théorie générale des interdits en droit romain*, p. 259. — Comp. le passage de Cujas, cité à la note suivante.

(140) Godefroy fait observer avec raison qu'il faut lire ici DEBUISSET, « *sublata negativa*, NON, *quæ etiam recte abest a Cujaciana hujus Codicis editione, et a Codice Justinianeo.* » Et il ajoute : « *Id quod omnino congruit cum* L. 2. SUP. DE FINIBUS REGUND. (C. Th., II, 26) *ubi dixi, et alioquin tralatitium est in judicio de vi inque omni invasione, qua quis sibi jus dicit.* » (*Eod.*, f° 258, col. rect.; cf. f° 256, *notæ* (*a*).) — Cujas se borne à mentionner cette première partie de la peine pécuniaire et il reste muet sur la peine criminelle : « *Additur in extremo legis : si suffragator bona sibi promissa occupet sua auctoritate, vim facit, et tenetur interdicto unde vi, ut ereptam possessionem restituat, præterea actionem si certum petatur, amittit, quod sibi ipsi temere jus dixerit. Hoc autem congruit cum* L. EXTAT. D. QUOD METUS CAUS. *et* L. 6. INF. UNDE VI. » (Voy. L. 13, fr. Callist., D., IV, 2; Const. 6 pr., C. Just., VIII, 4; — Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 705.) Plus explicite sur ce dernier point, Godefroy, qui a agi comme Cujas en ce qui concerne la peine pécuniaire, estime que le *suffragator* n'aurait pas été tenu de l'action criminelle; mais il ne donne pas les motifs de sa décision, et il se contente de dire : « ... *Sane suapte auctoritate possessionem occupare non potest : viaque facti moras nectente cliente forte eam ingredi : quin si id fecerit, reus temeritatis et violentiæ* RETINEBITUR, *id est, tanquam vim fecerit, punietur : non criminali ut puto actione, quod nonnulli censent, in id vocem* RETINERI *inter alia perperam urgentes...* » (*Eod.*, f° 258, col. rect.) — Quant à Doneau, plus complet que les deux précédents interprètes, il émet formellement, en ce qui touche la peine criminelle, une opinion de tous points conforme à la nôtre, et il mentionne expressément la double peine pécuniaire; encore ne parle-t-il pas de la restitution de la possession, qu'impose notre constitution : mais il la vise implicitement, en citant la constitution 7 au Code, *Unde vi*, dont il est question dans la suite du texte. (Voy. Donell., *Opp.*, t. 7, col. 632, 9.) Cf. sur ce point : L. 12 § 2, fr. Ulp., *Quod met. caus.*, D., et le *decretum D. Marci* rapporté par Callistrate, dont le texte est inséré deux fois au Digeste. (L. 13, *eod.*, et L. 7, *Ad leg. Jul. de vi priv.*)

(141) § 1, *De bonis vi raptis*, IV, 2, et § 6, *De interdict.*, IV, 15.

enfin, que si la prise violente de possession avait porté sur une *res aliena*, l'auteur des voies de fait non propriétaire serait, indépendamment de l'obligation de restituer, condamné à payer la valeur (*æstimationem*) de la chose à la victime de la violence (142).

---

(142) Const. 7, *Unde vi*, C. Just., VIII, 4. Voy. sur cette constitution, qui s'appliquait indistinctement aux meubles et aux immeubles (§ 1, Inst., *De bon. vi rapt.*) : De Savigny, *Traité de la posses. en dr. rom.*, 7e édit. publiée par Rudorff, traduite par Staedtler, pp. 411 et suiv.; Thibaut, *Civ. archiv.*, t. 1, pp. 103 et suiv.; M. Machelard, *op. cit.*, pp. 232 *in fine* et suiv., et 249 et suiv.

En l'an 319, Constantin avait décidé que si le *dejiciens* était jugé n'être pas propriétaire de la chose qui avait fait à l'encontre du *dejectus* l'objet de la *vi dejectio*, il encourrait la déportation et la confiscation de tous ses biens (« ... *in insulam deportetur, bonis omnibus abrogatis* »), et que, dans le cas inverse, il encourrait seulement, au profit du fisc, la confiscation de la moitié des biens qui auraient donné lieu au débat. (Const. 3, *Ad leg. Jul. de vi publ. et priv.*, C. Th., IX, 10.) La constitution de 389 a changé cette pénalité, et a, par là même, abrogé de ce chef la loi de Constantin, par suite de ce principe de bon sens et de raison exprimé par Tite-Live (IX, 34) en ces termes : « ... *Ubi duæ contrariæ leges sunt, semper antiquæ obrogat nova.* » Aussi bien n'est-elle pas reproduite au Code de Justinien, où ne figure que la constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius.

Doneau résume de la sorte notre constitution : « *Constitutionis hujus summa est : Si quid ob suffragium promissum sit, valere conventionem, et ad actionem, nondum re promissa præstita, et ad rei promissæ jam præstitæ adquisitionem; ad rem autem promissam privata auctoritate aucupandam* (lege : *occupandam*) *non prodesse.* » (Donell., *Opp.*, t. 7, col. 630, 3.) — Ce même jurisconsulte, ainsi que Cujas et Godefroy, fait à juste titre remarquer qu'il faut repousser avec soin une erreur qui, pour avoir été évitée par de célèbres commentateurs, parmi lesquels il faut compter Alciat, Duaren et Pancirole, n'en a pas moins été commise par certains autres interprètes, tels notamment qu'Azon et Accurse, de même aussi que Cynus et Jacobus de Ravenna, cités par Godefroy, d'après lesquels notre loi s'occupant de l'*honorarium* des avocats, statuerait sur les honoraires à eux versés *pro eorum patrociniis* : « *Male autem Accursius hoc loco suffragium accipit pro patrocinio advocati. Et* L. MILITEM. SUP. DE PROCURAT. *eodem errore suffragatorem accipit pro advocato* », dit Cujas. (*Opp.*, t. 7, coll. 704 et seq.; cf. *eod.*, col. 473.) Deux motifs doivent faire rejeter cette doctrine :

α. — Le premier, c'est que jamais les avocats n'eurent mission d'*explicare desideria apud Principem*, « *etsi desideria illi scriberent* », comme l'observe Godefroy (*eod.*, f° 258, col. rect. *in fine*), « UT L. 2. COD. JUST. DE ERROR. ADVOCAT. (II, 10) *at non* EXPLICARENT, *id est, urgerent, prosequerentur apud Principem* », et que jamais non plus on n'a désigné le *patrocinium* des avocats, c'est-à-dire leur *munus* ou leur *opera*, sous le terme de *suffragium*. « *Refragatur et* SUFFRAGII *appellatio, quæ de munere seu opera Advocati nunquam usurpatur* », poursuit Godefroy (*eod.*).

β. — La seconde raison, beaucoup plus puissante encore, parce qu'elle tient à la nature même des choses, c'est qu'il existe trois différences entre les honoraires des avocats et le salaire promis *ob suffragium*, savoir :

1° Les honoraires sont dus aux avocats, même en dehors de toute convention; bien mieux : la loi *Cincia*, sur laquelle M. Machelard a présenté récemment de savantes observations (*Revue critiq. de législ. et de jurisp.*, N° de mai 1878), défendait déjà tout marché fait à l'avance (voy. *infr.*, 2°), et deux lettres fort curieuses de Pline le Jeune nous apprennent que cette prohibition fut renouvelée sous Trajan. (Plin., *Ep.*,

Pour ce qui est des *suffragia* qui s'adressaient à l'empereur, nous nous contenterons de remarquer que, de tolérés qu'ils furent d'abord, puis de licites, ils devinrent obligatoires. C'est ainsi qu'au début du troisième siècle, le trafic est public, et qu'Elaga-

---

V, 14 et 21.) En outre, ces honoraires, dont il ne fut pas d'abord permis aux avocats de poursuivre le paiement, purent, depuis Alexandre Sévère, être demandés par voie de *cognitio extraordinaria* (L. 1 §§ 10-13, fr. Ulp., *De extraord. cognit.*, D., L, 13); ils étaient enfin arbitrés par le magistrat, d'après des règles essentiellement variables, cela se conçoit : on les trouve tracées par Ulpien. (L. 1 § 10, *eod.*) — Au contraire, aucun salaire *ob suffragium latum* n'est dû à qui que ce soit *ultra conventionem.* (Voy. notre constitution *in princip.*)

2° Les honoraires de l'avocat sont tarifés. Rappelons à ce sujet qu'en l'an de Rome 549 ou 550, le célèbre plébiscite du Tribun Cincius Alimentus, connu sous le nom de loi *Cincia*, défendit aux avocats de recevoir à ce titre aucune rémunération. (Tit. Liv., XXXIV, 4.) Cette prohibition, destinée à être violée le jour où le barreau cesserait d'être un acheminement aux honneurs, pour devenir une profession, ne put résister au courant des mœurs ; la réforme d'Auguste qui la renouvela en la sanctionnant par la peine du quadruple (Dio Cass., LIV, 18) fut impuissante à la maintenir, et cela nous explique pourquoi Tacite rapporte que, sous Claude, on songea à la remettre en vigueur; mais le Sénat se contenta de limiter alors les honoraires des avocats au taux maximum de 10.000 sesterces, qu'il leur fut du reste interdit de toucher ou de se faire promettre à l'avance, ainsi que nous venons de le voir. (Tacit., *Ann.*, XI, 5 à 7 inclus.) Ces dispositions mal observées (Tacit., *Ann.*, XIII, 5, 42; Plin. Jun., *Ep.*, V, 4, 14, 21 ; Suet., *Nero*, 17) furent remplacées par une constitution de Septime Sévère et de Caracalla, que l'on rencontre au Digeste, dans le § d'une loi dont la teneur appartient à Ulpien, et où nous lisons : « *Licita autem quantitas intelligitur pro singulis causis usque ad centum aureos.* » (L. 1 § 12 *in fine*, *De extraord. cognit.*, D.; cf. Const. 3, *De postul.*, C. Just., II, 6.) Tel était donc le taux dans la législation de Justinien. (L'*Edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium*, de l'an 303, — Haubold, *Antiquit. roman. monum.*, p. 268, et Appendice, pp. 1-23; Hænel, *Corp. leg.*, pp. 175 et suiv., — fixait ainsi, d'après Hænel, p. 178, col. 1, lin. 38, les honoraires de l'avocat : « *Advocato sive jurisperito in postulatione* ⁜CCL ; *in cognitione* ⁜ *mille.* ») — Les choses se passent tout autrement, quand il s'agit des promesses faites *ob suffragium latum.* Ce qui le prouve, c'est que, d'après notre constitution même, § 2, elles peuvent avoir pour objet des « *prædia rustica vel urbana* », dont la valeur peut être bien supérieure au chiffre indiqué par Ulpien. (Voy. l'article de M. F. Lenormant, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, mot AUREUS). — Consulter, relativement à ce que nous venons de dire au sujet des avocats, au cours de ces deux premières différences : Fr. Brummer, *Ad leg. Cinciam*, Paris, 1668, 4, c. 2-11, opusc., pp. 15-180 ; J. Aug. Bach, *Trajanus*, pp. 89-99, et *De lege Anastas.*, § 1, opusc., 363-370; Rudorff, *De lege Cincia*, Berlin 1825; Zimmern, *Traité des actions*, trad. par Etienne, pp. 480 et suiv.; Lange, II, 178; Zumpt, *Proc. crim.*, pp. 90-101; Walter, *Gesch. des röm. Rechts*, 3e éd., t. 2, n° 787; Grellet-Dumazeau, *Le barreau romain*, 2e éd., Paris 1858, pp. 113 et suiv.; Gaudry, *Hist. du barreau de Paris*, pp. 4 et suiv.; Willems, *op. cit.*, pp. 349 et suiv.; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 4e éd., t. 1, n° 197, pp. 301 et suiv.; t. 2, p. 255, note 23; Accarias, *Précis de droit rom.*, 3e éd., t. 1, p. 745, n° 303 *in init.*, texte et note 2; Massol, *Des honoraires des avocats en dr. rom. et en dr. fr.*, broch. in-8; G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Dar. et Saglio, mot ADVOCATIO, II. — Comp. notre Appendice I, II, 1°.

bale (218-222), ce triste vulgarisateur de l'adoration impériale pratiquée à la cour persane (143), met les honneurs, les dignités et les charges à l'encan, et les vend au plus offrant et dernier enchérisseur (144). Si nous franchissons l'espace d'un siècle et demi, nous assistons à un spectacle qui n'est pas moins alarmant, puisque, s'il faut en croire le témoignage de Zosime, sur la sincérité duquel Loyseau élève des doutes, Théodose le Grand créa de nouveaux offices qu'il vendit à beaux deniers comptant (145).

3° Enfin l'avocat, « *si fidem advocationis impleverit* », a droit à des honoraires : d'où la double conséquence que, réserve faite de la condition qui précède, il peut légitimement les réclamer, quoique n'ayant pas triomphé, et qu'une fois reçus par lui, fût-ce même avant l'issue du procès, il n'est sous le coup d'aucune action en répétition, lors bien que plus tard il aurait échoué. Comme l'exprime fort bien Paul, en se plaçant dans une hypothèse spéciale, l'*honorarium* est dû à l'avocat, et par suite à ses héritiers, toutes les fois qu'un motif indépendant de sa volonté l'a empêché de plaider l'affaire jusqu'au jugement (par exemple s'il est mort « *ante finem judicii* », ainsi que le remarque Godefroy) : « *Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent.* » (L. 38 § 1, *Loc. cond.*, D., XIX, 2. Le *principium* de cette loi, que vise le mot *quoque* du § 1, est ainsi conçu : « *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas præstet.* » Cf. L. 24, fr. Julian., *De condit. et demonst.*, D., XXXV, 1.) Un rescrit de Septime Sévère, dont Ulpien rapporte la décision, fut rendu en ce sens : « *Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti : quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret.* » (L. 1 § 13, *De extraord. cognit.*, D., L, 13.) Ou bien, d'une manière plus large, ainsi que le disent, sous une autre forme, les empereurs Dioclétien et Maximien : « ADVOCATIONIS CAUSA *datam pecuniam, si per eos, qui acceperant, quominus susceptam fidem impleant stetisse probetur, restituendam esse convenit.* » (Const. 11, *De condict. ob caus. dat.*, C. Just., IV, 6.) — Nous avons vu, au contraire, Théodose (pr., *in fine*) subordonner la naissance de l'action au profit du *suffragator*, à la double condition de la *latio suffragii*, et du succès de la *commendatio*. — Consulter sur tout ceci, Doneau, *Opp.*, t. 7, coll. 633 et suiv., 11 et 12 ; Godefroy, t. 1, foll. 258, col. rect. et suiv.

(143) « *Ipse* (Alexander Severus) *adorari se vetuit, quum jam cœpisset Elagabalus adorari regum more Persarum.* » (Lamprid., *Alex. Sev.*, 18.)

(144) Lamprid., *Elagab.*, 6. — Il fut imité plus tard par Anastase qui, au rapport de Suidas, cité par Montesquieu (*De l'Esprit des lois*, liv. V, chap. 19), vendit toutes les magistratures.

(145) « Par aprés Theodose », dit Loyseau, qui vient de parler de la loi de Julien l'Apostat analysée plus haut, « en la loy unique *C. De suffragio*, donna action, pour exiger ces suffrages... Même Zosime dit qu'il erigea exprés de nouveaux Offices pour les vendre, dont il fut en mauvaise reputation, ce que je n'ay point leu ailleurs : aussi est-il vray que Zosime se pique souvent contre Theodose à cause du Christianisme. » (*Op. cit.*, liv. III, chap. 1, n°s 34 et 35. Comp. *supra*, note 58, p. 310 *in fine*.)

La question religieuse, à laquelle Loyseau impute quelque partialité de la part du critique, ne doit pas jouer ici un rôle bien considérable. A coup sûr, elle a été fort loin de peser sur le jugement des biographes de ce prince, d'une façon assez intense pour l'entraîner, puisque nous avons vu (note précitée) Aurelius Victor, qui était cependant

C'est ici le lieu de signaler une remarquable constitution de Théodose II (408-450) (146), à laquelle nous avons fait allusion (note 58 *in initio*, p. 310, à la fin du 1er alinéa), et qui vient reposer

---

tout aussi fervent païen que Zosime, tracer de cet empereur un élogieux tableau. Il n'y a donc aucune raison, pour qu'il n'y ait point autant d'exagération dans la louange que dans le blâme, et surtout pour que l'assertion de l'historien grec, confirmée par des faits nombreux, ne soit pas aussi digne de créance que celle de l'historien latin, d'autant plus qu'on ne saurait taxer le premier d'injustice : il sait reconnaître les qualités chez ceux-là mêmes dont il détaille les vices : « Quand il survenait une nécessité pressante qui menaçait l'empire de troubles sérieux », écrit-il (*loc. cit.* note 58), « il (Théodose) se réveillait de son assoupissement, et, renonçant aux plaisirs, il supportait les fatigues en homme de cœur. » On sait d'ailleurs que, si les écrivains orthodoxes reprochent à Zosime ses préventions contre le christianisme, et l'accusent de partialité, cela tient à ce que, se préoccupant, comme Polybe, de démêler les causes qui ont porté si haut la fortune de l'empire romain, et celles qui l'ont ensuite précipité dans la décadence, il met au premier rang, parmi ces dernières, le délaissement de la vieille religion. Nous ajouterons enfin que, dans le passage auquel se réfère Loyseau, Zosime est moins affirmatif que semble le dire son censeur. Sans avancer formellement que Théodose créa de propos délibéré et comme par préméditation des fonctions publiques pour les vendre, il se borne à constater qu' « après avoir épuisé les finances par des libéralités hors de saison envers des gens qui ne les méritaient pas, il fut obligé de mettre les charges en vente, et de les donner à ceux qui avaient le plus d'argent, au lieu de ne les accorder qu'à ceux qui avaient le plus de réputation ou de probité. » (*Loc. cit.* note 58.) Quoi qu'il en soit, le même auteur indique formellement que Théodose multiplia les charges, et comme il affirme qu'il les vendit, et que ses courtisans en firent autant, il en résulte que notre interprétation sur la constit. 2 *Si certum petatur de suff.* au C. Th., est en complète harmonie avec ces divers passages, dans lesquels nous puisons un dernier argument en notre faveur.

(146) Const. 6, *Ad leg. Jul. repet.*, C. Just., IX, 27. — Cette constitution, qui s'adresse plus particulièrement à l'importante fonction des gouverneurs de provinces, n'appartient pas, comme le dit Loyseau (*op. cit.*, liv. III, chap. 1, n° 36), et comme le répètent après lui MM. Durand (*op. cit.*, p. 17), et Duval (*op. cit.*, p. 19), qui confondent en cela, les uns et les autres, le grand-père et le petit-fils, à ce même Théodose dont il a été question en la note précédente, mais bien à Théodose II, dit le Jeune, fils d'Arcadius, et auteur du célèbre code qui porte son nom. Elle est en effet datée de 439, et son *inscriptio* l'attribue d'ailleurs à Théodose et à Valentinien. Il y a donc erreur matérielle de la part de ces trois auteurs. — Par suite, on ne saurait taxer Zosime d'un excès de sévérité envers Théodose le Grand, en lui opposant cette constitution qui fait honneur à son auteur, puisqu'elle n'émane pas du même empereur.

La fausse attribution à Théodose le Grand de la Constitution de Théodose II a eu pour conséquence d'égarer derechef Loyseau et après lui M. Durand (*eod.*, p. 18), touchant une autre loi d'Arcadius et d'Honorius, par nous mentionnée aussi note 58, p. 311, *in initio*. (Const. 1, *Ad leg. Jul. de ambitu*, C. Th., IX, 26.) — « Cette loy de Theodose », écrit l'illustre bailli de Châteaudun (*ubi supra*, n° 38), « fut étendüe par Honorius son successeur en tous Offices, esquels il défendit generalement les sufirages, à peine de deportation et confiscation de tous biens, *in lege* 1. *De ambitu. C. Theod.* dont le même Claudian (voy. note 148) le louë en ces mots.

un moment le spectateur de toutes ces hontes et de toutes ces turpitudes, sous le poids desquelles s'était effondré l'édifice romain. Par cette loi, l'empereur prohibe l'usage des suffrages de la part de ceux qui se présentent pour exercer les fonctions de gouverneurs de province, et partant, il défend de rien bailler ou prendre pour parvenir à cette dignité, à laquelle doit seule conduire l'honorabilité du candidat (147). Et, afin d'assurer par un lien moral la stricte observation de ces sages mesures, ce Prince exige que ces fonctionnaires jurent, à leur entrée en charge, que, pour obtenir ces places, ils n'ont rien donné, et qu'ils ne donneront jamais rien, soit par eux-mêmes, soit par personne interposée, en fraude de la loi et de leur serment, ou en cherchant à déguiser leur offrande sous l'apparence d'une vente, d'une donation ou de tout autre contrat (148); que, par suite, les gou-

---

« *Trudis Avaritiam, cujus sævissima nutrix*
Ambitio, quæ vestibulis foribusque potentum
Excubat, et pretio commercia poscit Honorum. »

(Claudian., *De laudib. Stilich.*, II, v. 113 et suiv.)

Cela n'est pas exact; la constitution de Théodose le Jeune n'a pas pu être étendue par la loi de son oncle paternel, cette dernière ayant précédé la sienne propre de quarante-deux ans : elle est en effet datée de 397, c'est-à-dire de deux ans après la mort de Théodose le Grand.

(147) « *Sancimus ejusmodi viros ad provincias regendas accedere, qui ad honoris insignia non ambitione, vel pretio, sed probatæ vitæ, et amplitudinis tuæ solent testimonio promoveri...* »

(148) Immédiatement après le passage cité à la note précédente, la constitution poursuit : « *Ita sane, ut quibus hi honores per sedis tuæ, vel per nostram fuerint electionem commissi, jurati inter gesta depromant,* SE PRO ADMINISTRATIONIBUS SORTIENDIS NEQUE DEDISSE QUIDPIAM, NEQUE DATUROS UNQUAM POSTMODUM FORE, SIVE PER SE, SIVE PER INTERPOSITAM [*personam*] IN FRAUDEM LEGIS SACRAMENTIQUE : AUT VENDITIONIS, DONATIONISVE TITULO, AUT ALIO VELAMENTO CUJUSCUNQUE CONTRACTUS... », — « qui est mot pour mot, le formulaire du serment, que faisoient il n'y a pas long temps nos Juges, lorsqu'ils étoient receus en leurs Offices (cette formule a en effet servi de modèle au serment de non-achat, prêté par nos anciens juges jusqu'à la fin du seizième siècle en 1597; — voy. Loyseau *loc. infra cit.*, nos 94 et suiv.), dont Théodose est grandement loué par Claudian, en ces vers :

« *Cumque suo demens expellitur ambitus auro,*
Non dominantur opes, non corrumpentia sensus
Dona valent, emitur sola virtute Potestas. »

(Claudian., *De tert. consul. Honor. Aug. paneg.*, v. 186 et suiv.) — Loyseau, à qui appartiennent les lignes qui précèdent (*op. cit.*, liv. III, chap. 1, n° 37), commet ici un nouvel anachronisme; Claudien adresse ces éloges non pas à Théodose le Grand, mais à ses fils.

verneurs soit en exercice, soit sortis de charge, ne recevront rien pour prix de quelque faveur accordée au cours de fonctions qui leur ont été conférées gratuitement (149).

Enfin Théodose édicte une sanction sévère destinée à assurer le respect de sa prohibition. Un *crimen publicum* est ouvert contre tout fonctionnaire qui aura agi au mépris de la loi et en violation du serment prêté, et une amende du quadruple de la somme payée doit frapper, par toutes les voies et moyens, le coupable convaincu de l'avoir offerte ou acceptée (150).

« Toutefois comme les mauvaises mœurs s'opiniâtrent comme les bonnes loix », dit fort exactement Loyseau (151), tandis que l'Orient jouissait des bienfaits de cette nouvelle législation, quelques années plus tard, les suffrages finissaient par constituer en Occident une ressource du Trésor public : oublieux des exemples que lui donnait son cousin (152), de qui il tenait le gouvernement d'Occident, Valentinien III (425-455) y rendait en 452 une constitution par laquelle il exigeait des consuls, à leur entrée en fonctions, sous couleur de tarir la source des largesses, inutiles au Trésor, qu'ils faisaient au peuple, mais dans le but réel et d'ailleurs avéré de leur assigner une autre destination, et de les con-

---

(149) « .... ET OB HOC », continue le texte, « *(exceptis [solis] solatiis)* NIHIL PENITUS TAM IN ADMINISTRATIONE POSITOS, QUAM POST DEPOSITUM OFFICIUM PRO ALIQUO PRÆSTITO BENEFICIO TEMPORE ADMINISTRATIONIS, QUAM GRATUITO MERUERUNT, ACCEPTUROS. »

(150) L'espèce d'exposé de motifs métaphysique qui précède et amène cette sanction, et le langage par lequel elle est formulée, sont si alambiqués, que cette dernière partie de la constitution ne supporte pas la traduction. « *Et licet* NEMINEM DIVINI TIMORIS, *contemnendo jusjurandum* ARBITRAMUR, IMMEMOREM : UT SALUTI PROPRIÆ ULLUM COMMODUM ANTEPONAT : *tamen, ut ad salutis timorem etiam necessitas periculi subjungatur : si quis ausus fuerit præbita sacramenta negligere, non modo adversus accipientem, sed etiam adversus dantem accusandi cunctis tanquam crimen publicum concedimus facultatem : quadrupli pœna eo qui convictus fuerit, modis omnibus feriendo.* » (Voy., sur cette constitution, de laquelle on peut rapprocher les Novel. XXIV, cap. 2, et LXIX, cap. 3 § 1, outre Loyseau, *op. et loc. citt.*, MM. Bonjean, *op. cit.*, t. 1, p. 273, et Durand, *op. cit.*, pp. 17 *in fine* et suiv.)

(151) *Ubi supra*, n° 39.

(152) Valentinien III (Flavius Placidius), étant fils de Constance III et de Galla Placidia, sœur d'Honorius et d'Arcadius, fille de Théodose Ier, et par conséquent tante de Théodose II, fils d'Arcadius, ne pouvait être que le cousin germain de l'empereur d'Orient et non son neveu, comme on l'a parfois écrit. (Voy. par ex. la *Nouv. biog. gén.*, au nom de Valentinien III.)

sacrer à la satisfaction d'un intérêt public, le paiement d'une somme de cent marcs d'or, destinée à l'entretien des aqueducs de Rome (153). Après lui, Zénon l'Isaurien en Orient (474-491) s'emparant, au profit de l'aqueduc public de Constantinople, de ce même procédé, qu'il trouvait sans doute trop heureux et trop salutaire pour ne pas en développer les germes si fructueux, fit peser sur les consuls annuels un impôt analogue de cent livres d'or, qu'il étendit, avec une affectation identique, à tous ceux qu'il gratifiait du consulat honoraire (154).

Aussi bien, Tibère II (578-582), en présence des immenses bénéfices que ses prédécesseurs avaient tirés de toute cette vénalité aux mille formes diverses, put-il rappeler à bon droit, dans le chapitre II de la Novelle CLXI, ces « *suffragia, quæ imperialibus inferebantur rationibus, et magnum reddebant pecuniarum cumulum.* »

Sous le règne de Justinien, que l'on se servît encore des *suffragia* comme d'un levier pour s'élever aux fonctions publiques,

---

(153) « *Ordinem consulatus ad antiquam reduximus sanctionem, ut sellam nostri honoris merito, non rapiendi studio, populorum agmina sectentur : ac lucrandi cupiditate deposita, venerabilem parentum habitum, et felicissima antiquitatis ornamenta conspicentur. Hoc ergo exemplo etiam cæteros procedere consules volumus, nec expendere eos sine effectu patimur. Cessante ergo ista spargendi vilitate amplissimi consules procedentes, deinceps abstineant hoc errore perdendi, optimoque consilio operi necessario proficiat, quod erat incompetenter projiciendum. Ad restaurationem itaque aquæductuum hujus amplissimæ urbis* (Rome) *centena pondo auri præstentur per singulos consulatus : ut et consul patriæ se dedisse noverit, et data notum sit mansura esse perpetuo.* » (Const. 2, *De consulib., et non sparg. ab his pec.*, C. Just., XII, 3. Cette constitution est signée de Valentinien et de Marcien. Voy. en effet Novel. CV, Præfat., *post med.*)

(154) « .... *Quoniam vero gloriosissimæ huic urbi* (Constantinople), *quæ caput orbis terrarum est, omnifariam credimus consulendum : universos, qui posthac honorarii consulatus insignibus principali munificentia decorantur : centum libras auri ad reficiendum aquæductum publicum ministrare censemus : ad similitudinem eorum, qui per annale tempus consularium editione munerum gloriantur. Nam ipsis quoque expedit, ut florentissima civitas centum auri librarum munificientia sustentata, honorarium quoque sentiat consulatum.* » (Const. 3, *eod.*. *Junge* Const. 4, *eod.*, et Const. 8 *in fine, De aquæductu*, C. Just., XI, 42 ; voy. aussi sur cette matière, Novel. Just., CV, et Novel. Leon., XCIV. Cette dernière met en pleine lumière ce principe bien connu, qu'à Rome la désuétude suffisait pour abroger les lois. Comp. sur ce sujet : *Arch. giur.*, XXII, 269-273, et 289-290.) — Des impôts écrasants pesaient aussi sur les sénateurs sous les noms de *follis* ou *gleba*, *glebalis collatio*, d'*aurum oblaticium*, etc. (Voy. MM. Walter, *op. cit.*, t. 1, § 373, et Serrigny, *op. cit.*, t. 1, nos 39 et suiv.)

c'est ce que prouve, d'un côté, la constitution unique au titre *De perfectissimatus dignitate* (C., XII, 33), qui met au nombre des conditions requises pour parvenir à cette dignité, que ceux qui y aspirent n'aient point acquis un *honor* grâce à un suffrage vénal (155) ; c'est ce qu'établit, d'autre part, l'obligation où il se trouva d'édicter la Novelle VIII, dont la rubrique annonce nettement l'objet. « *Ut Judices sine quoquo suffragio fiant.* » (156)

La Novelle CLXI, « *De provinciarum Præsidibus* » (157), à laquelle nous venons d'emprunter un passage, poursuivit le même but, et défendit d'une manière générale de donner quoi que ce fût, *suffragii nomine*, soit aux *suffragatores*, soit au fisc (158).

« Mais ces prohibitions n'ont été non plus de tenuë, que les autres ; témoin les Edits de l'Empereur Zoa, et celuy d'Alexius Commenus, rapporté au Livre du Droit Oriental. Car depuis que l'or a une fois trouvé entrée quelque part, il est impossible de

---

(155) « ... *Nec sibi honorem venali suffragio emerint...* » Conçue dans un esprit identique à une constitution de Constantin dont nous avons parlé *supra*, note 54, cette loi, mise sous le nom de Justinien, et qui, d'ailleurs, ne porte aucune mention de date ni de lieu, n'est, à vrai dire, qu'une appropriation pure et simple par cet empereur de la législation de son prédécesseur, qu'il s'attribuerait, soit pour la rajeunir, soit pour l'étendre, soit peut-être aussi pour lui donner une nouvelle vigueur. (Voy. Cujas.)

(156) « *Id est, sive privato, sive Dominico* », dit Loyseau. (*Op. cit.*, liv. III, chap. 1, n° 42.) Mais ce n'est là qu'une interprétation, exacte d'ailleurs : ces mots n'appartiennent pas à la rubrique. (Comp. *sup.*, note 51.) — Il convient de joindre aussi à ce titre général de la Novelle, ceux des chap. 1 et 7 : « *De magistratibus sine suffragii datione creandis* », porte le 1er ; « *De jurejurando a præsidibus præstando, quod pecuniam, nec nomine quidem suffragii, dederint* », porte le second. Pour donner plus de solennité et plus de poids à ce serment, la Novelle exige qu'il soit prêté devant l'empereur, ou, à son défaut, devant les plus hauts dignitaires de l'empire, qu'elle énumère. — Voy. le commentaire de la Novelle VIII dans Cujas, *Opp.*, t. 8, coll. 464 et suiv., et comp. Novell. XVII, c. 1.

(157) Cujas fait à ce propos l'observation suivante : « *Præsidum appellatio generalis est : ea continentur sub hoc titulo proconsules, comites, vicarii, consulares, correctores, imo et defensores civitatum : nam et ii in civitatibus præsidum vice funguntur*, NOVELL. 15. » (*Opp.*, t. 8, col. 464.) Avant lui, Mácer, auteur d'un traité *De officio Præsidis*, avait déjà dit : « *Præsidis nomen generale est : eoque et proconsules, et legati Cæsaris, et omnes provincias regentes, licet senatores sint*, PRÆSIDES *appellantur :* PROCONSULIS *appellatio specialis est.* » (L. 1, *De off. præs.*, D., I, 18.)

(158) « ... *Et Tiberius* NOVELL. 161. *generaliter vetans suffragii nomine quicquam vel suffragatoribus dari vel publicis rationibus inferri.* » (Cujac., *Opp.*, *ubi supra.*)

l'en chasser », a écrit Loyseau avec autant d'originalité que de justesse (159).

Semblables aux sons puissants, qui vont se répétant d'écho en écho et retentissent dans le lointain aussi longtemps qu'ils rencontrent des parois pour les répercuter, bons ou mauvais, les exemples qui partent de haut sont toujours imités à tous les degrés de la société. Aussi, ce ne fut pas seulement à la cour et auprès de l'empereur qu'on trafiqua ainsi des fonctions publiques. Le Prince ayant abandonné aux grands dignitaires ou fonctionnaires le pouvoir de nommer aux charges subalternes qui se trouvaient en leur dépendance, nous verrons plus loin que ceux-ci les conféraient également à prix d'argent. Cela n'était que logique : du moment où le peuple avait abdiqué entre les mains de l'empereur son droit de nomination aux fonctions publiques, celui-ci pouvait à son tour se décharger des soins les plus menus de cette besogne, et après avoir créé les plus hauts dignitaires, en faire une sorte de collateurs en sous-ordre pour nommer aux offices subalternes : si l'on songe maintenant que chaque officier marchait sur les traces du souverain, on aboutira à cette conséquence, que la vénalité, alimentée à chaque degré de la hiérarchie par un représentant devenu collateur à son tour, s'étendait, comme un vaste filet aux mailles multiples jeté sur toutes les branches de l'administration, à toutes les parties de l'em-

---

(159) « Mais où est-ce qu'il ne trouve entrée ? » poursuit-il ; « veu même que la Souveraine Dignité de l'Empereur fut achetée plusieurs fois par le moyen de l'argent, qui fut donné aux Soldats, qui s'étoient acquis l'authorité d'élire les Empereurs : dont entr'autres l'exemple est memorable de l'Empereur Justin ; qui ayant receu une grande somme d'argent de l'Eunuque Amantius, Affranchy de l'Empereur Anastase son predecesseur, afin d'acheter les suffrages des Soldats pour Theocritian, les acheta adroitement pour luy même, et par cette ruse fut fait Empereur. En quoy a été accomplie la prediction de Jugurtha dans Saluste, que tout à Rome étoit venal, et que Rome même se vendroit, s'il s'en trouvoit des acheteurs. » (*Op. cit.*, liv. III, chap. I, nos 43 et 44.)

Le premier exemple réellement typique d'une véritable mise aux enchères de l'empire, fut, on le sait, donné en 193 par Didius Julianus, après le meurtre de Pertinax par les prétoriens.

pire (160), dont elle finit par miner les organes et par désagréger les éléments.

Que si l'on quitte en effet le palais impérial et que l'on passe dans les villes et dans les provinces, on y rencontre la même contagion qui sévit : on y trouve les candidats aux fonctions publiques, promettant, pour obtenir leur nomination, soit de donner des jeux, soit d'exécuter quelque travail, ou de faire quelque prestation dans l'intérêt commun (161). Tout va de pair dans une société qui tombe, et, la base de l'édifice enlevée, la moralité publique et sociale supprimée, il est fatal que tout croule.

Faut-il néanmoins tirer de l'analyse sommaire que nous venons de faire de toute cette vénalité, qui s'accentua si nettement dans les fonctions publiques autres que les milices, la conclusion

---

(160) Voy. les trois derniers livres du Code de Justinien, *passim*, et la Novell. XXXV.

(161) C'était l'usage des candidats aux magistratures de promettre aux villes, de qui ils devaient les tenir, d'opérer, pour le cas où l'honneur qu'ils ambitionnaient leur serait déféré, certains travaux d'utilité publique, tels spécialement que la construction, la restauration ou l'embellissement des monuments.

Nous avons même indiqué *supra*, note 98, que des promesses de ce genre étaient obligatoires, indépendamment de toute acceptation. (Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. 1, nos 45 et suiv.) Les documents épigraphiques nous font connaître l'exécution d'un grand nombre de ces pollicitations. Ainsi on lit au-dessus du *podium* de l'amphithéâtre d'Arles : « C. IVLIVS PRISCVS IIVIR I*ur(i) dic(undo) qu*INQ(*uennalis*) CAND(*idatus*) ARELA*te it*EM FL*amen provinciæ Narbonensis, podiu*M CV*m spectac*VLIS ET SPECT(*acula*) G(*raduum*)SEPT*em, locor(um) c(entum)*,QVÆ *mun*IC(*ipibus*) AR*el(atensibus) p*OLLICITVS ERAT HS CC D... » (Herzog, n° 325. — Voy. aussi Orelli-Henzen, nos 2548, 5815, 5816, 6612 ; *I. N.*, 2096, 2378 ; Maffei, *Gall. antiq.*, p. 24 : « *Loca numero quingenta in circo Sextus Julius Januarius ædilis dat.* » — Voy. sur tout ceci : MM. Houdoy, *op. cit.*, p. 298, et Beaudouin, *op. et loc. citt.*, p. 130 *in fine*.)

Parmi les inscriptions presque innombrables qui nous révèlent l'exécution des promesses faites par les candidats, et qui nous parlent des sommes énormes données à des cités *ob honorem ædilitatis, duumviratus, flaminatus*, etc., nous sommes heureux d'en reproduire une des plus curieuses à bien des égards. Cette inscription très-intéressante et qui, du moins à notre connaissance, n'a pas encore été publiée, a été découverte au mois d'avril 1878 à Philippeville (Algérie), en faisant les fouilles préliminaires à la construction d'un Palais de Justice. Elle est gravée sur une plaque de marbre de quatre-vingt-quinze centimètres de haut sur un mètre soixante centimètres de large, que M. Renier conjecture avoir dû être scellée sur le devant du piédestal du tétrastyle (petit temple à quatre colonnes) mentionné à la ligne 6. Nous la reproduisons d'après la copie qui en a été donnée au Collège de France par M. Renier, à la suite de la communication du texte à lui envoyé, texte qui paraît certain au savant épigraphiste. Nous la ferons suivre de courtes explications dont quelques-unes ont été par nous recueillies au cours de l'éminent professeur (leçon du 6 juin 1878), et que

qu'elle ne différait point de la vénalité de ces dernières ? Faut-il,

---

nous donnerons sous forme d'observations spéciales, appelées chacune par une petite lettre italique mise entre parenthèses à la suite de tout passage important de l'inscription, dont voici la copie :

1 VICTORIAE AVGVSTAE SACRVM
2 ////////////////////////////////////// (a)
3 ////////////////////////////////////// (b)
4 L. CORNELIVS. L. FIL. QVIR. (c) FRONTO. PROBIANVS. (d) EQ. P. ORN. (e)
5 DEC. IIII. COL. (f) PL. PP. (g) DIVI MAGNI. ANTONINI (h)
6 STATVAM. CVM TETRASTYLO. QVAM. OB HONOREM. FLAM (i) PRAETER HS LXXXII N (j)
7 QVAE. REIP PRAESENTIA (k) INTVLIT PROMISERAT ET DEC HS XX N SED ET
8 CETERA QVAE LIBERALITATE SVA PATRIAE CONTVLIT EX HS XXX MIL N. DEDIT
9 IDEMQVE DEDICAVIT AD CVIVS DEDICATIONEM ETIAM LVDOS
10 SCAENICOS CVM MISSILIBVS EDIDIT (l)

(*a-b*) Ces deux lignes ont été martelées dans l'antiquité ; nous en donnerons la raison sous la lettre *h*.

(*c*) *Quirina tribu.*

(*d*) Ce L. Cornelius Fronto Probianus était probablement parent de M. Cornelius Fronto (comp. *infer.*, lettre *l in fine*), le célèbre orateur latin né à Cirta vers la fin du premier siècle de l'ère chrétienne, et mort vers 170, qui fut précepteur de Marc-Aurèle, puis de Lucius Verus, occupa au palais impérial à peu près la place que Pline le Jeune avait remplie auprès de Trajan, et s'illustra dans l'histoire et dans la littérature. Ses lettres, dont une partie est extrêmement intéressante pour les règnes d'Antonin-le-Pieux et de Marc-Aurèle, ont été retrouvées dès 1814 par le cardinal Angelo Maï et publiées notamment par lui et par Niebuhr. (Voy. dans la *Nouvelle biogr. gén.* l'article consacré à Fronton.) L'une d'elles, qui constitue une réponse par lui adressée aux triumvirs et aux décurions de Cirta et dans laquelle, tout en leur recommandant son gendre, il s'excuse auprès d'eux de ne pouvoir accepter, à cause de sa mauvaise santé, l'offre qu'on lui avait faite d'être patron des colonies cirtéennes, nous prouve qu'il était citoyen de ces colonies. Ce n'est malheureusement qu'un fragment. (Voy. *Ep. ad amicos*, II, 10.) Voici une inscription gravée en l'honneur de Fronton et qui mérite une attention toute spéciale : car c'est le premier monument qui nous fasse connaître toutes les fonctions exercées par lui, avant son élévation au consulat, en 143 :

M. CORNELIO
T. F. QVIR
FRONTONI
III VIR. CAPITAL
5 Q. PROVINC
SICIL. AEDIL. PL
PRAETORI
MVNICIPES
CALAMENSI
10 VM PATRONO

(Renier, *Inscrip. rom. de l'Algérie*, n° 2717.) Cette inscription ne mentionne pas les

partant de là, admettre que la vénalité s'organisa d'une manière

---

fonctions militaires. Fronton ne les accomplit pas, parce qu'il était probablement alors déjà attaché à l'éducation de Marc-Aurèle.

(*e*) *Equo publico ornatus*. L. Cornelius Fronto Probianus étant *eques equo publico*, se trouvait ainsi un des membres des six *turmæ* de citoyens romains qui tous les ans étaient passés en revue par l'empereur ou les magistrats supérieurs; c'était le plus haut rang parmi les trois classes de chevaliers. (Voy. sur les *equites equo publico*, les ἱππεῖς ἐκ τοῦ τέλους de Dio Cass., LVI, 42; LXI, 9; LXIII, 13 : M. Naudet, *De la noblesse et des récompenses d'honneur chez les Romains*, pp. 80 et suiv. Voy. aussi M. Belot, *Hist. des chev. rom.*, Paris, 1866.)

(*f*) *Decurio quatuor coloniarum*. Il s'agit ici des quatre *coloniæ Cirtenses*. On appelait de la sorte les quatre villes numidiennes de *Cirta* (aujourd'hui *Constantine*; Henzen, nos 5317, 5318, 6792 *a*; Renier, n° 1824); — de *Rusicade* (aujourd'hui *Philippeville*, où fut trouvée notre inscription; Henzen, nos 5319, 5320, 6792 *a*); — de *Milevum* (Henzen, n° 6792 *a*), — et de *Cullu* ou *Chullu*. (Voy. les inscriptions relatives à ces villes dans l'ouvrage précité de M. Renier, *passim*, et comp. *infra*.) Ces quatre colonies portaient aussi le nom de *coloniæ Sittianæ*, en raison de leur origine. Elles devaient leur existence à un certain P. Sittius de Luceria en Apulie. Autrefois partisan et complice de Catilina, ce Sittius, à la fin de la République, avait réuni en Espagne quelques troupes composées d'Italiens et d'Espagnols; il se réfugia ensuite sur le territoire africain, en Mauritanie, et se mit à la solde de petits rois de l'Afrique septentrionale, pays dans lequel il acquit une grande connaissance des lieux et où il se gagna partout de précieuses intelligences. Aussi joua-t-il un rôle considérable en 708 V. C. = 46 av. J.-C. dans la guerre d'Afrique. (Voy. Cæs. (?), *De bell. Afric.*, *passim*, et spécialement 25, 36, 48, 93, 95 et 96.) Il se rendit notamment utile à César, harcelé par Scipion et Juba, en s'emparant de Cirta, capitale de la Numidie (Mommsen, *Die Stadtverfassung Cirtas und der Cirtensischen Colonien*, dans *Hermes*, I, pp. 47-68), en soulevant les Gétules, et en rappelant, par cette heureuse diversion, Juba à la défense de son royaume. De tels services, joints à d'autres encore (voy. M. Duruy, *Hist. des Rom.*, nouvel. édit., t. 2, pp. 483 et suiv.), ne devaient point rester sans récompense. Sittius reçut de César la ville de Cirta, l'ancienne résidence de Syphax (Mela, I, 6, 1; Tit. Liv., XXX, 12; Appian., *Pun.*, 27) et de Masinissa (Tit. Liv., XXX, 44, 12; Strabo, 17, p. 832), avec un vaste territoire alentour. Grâce au pays qui lui avait été ainsi concédé, il pourvut à l'établissement de ses troupes (Appian., *B. C.*, IV, 54) et constitua Cirta en colonie romaine. Cette ville s'appela depuis lors *colonia* (Pomp. Mela, I, 6, 1; Plin., *Hist. nat.*, V, II, 3, éd. Panck.; Renier, *op. cit.*, n° 172), ou *colonia Sittianorum* (Mela et Plin., *locc. citt.*), et probablement de César même (Marquardt-Mommsen, IV, p. 320; — Zumpt, *Comm. ep.*, I, p. 380, attribue la colonie à Auguste), *Cirta Julia* (Ptolem., IV, 3, 28; VIII, 14, 8) ou *colonia Julia Juvenalis Honoris et Virtutis Cirta*. (Renier, n° 1824 = Henzen, n° 5317.) Un territoire important en dépendait, dont les *pagi* sont devenus dans la suite des cités indépendantes, et en partie des colonies; c'est au second siècle qu'on en trouve trois réunies à Cirta et régies par une administration municipale commune sous le nom de *IIII Cirtenses* (Renier, 2529, 2530 = Henzen, 6592, de l'an 169), ou *Coloniæ Cirtenses* (Renier, 1868), ou *IIII Coloniæ*. (Voy. notre inscript., lin. 5.) Indépendamment du port de Cirta, dont il a été question plus haut, on trouve les trois autres colonies mentionnées dans les inscriptions avec les titres suivants : Rusicade, *colonia Veneria Rusicade* (Renier, 1884, 2174, 2323, 2324; *Annuaire de la société archéol. de la prov. de Constantine*, 1853, p. 25); Cullu, *colonia Minervia Chullu* (Renier, 2323, 2324); Milevum, *colonia Sarnensis Mileu*. (Renier, 2323, 2324. *Ordo coloniæ Milevitanæ*. *Annuaire*, 1860,

régulière sous les empereurs, et, rattachant à ce principe ses

---

p. 138, n. 2; *Gen(io) col(oniæ) Mil(evitanæ). Recueil des notices et mémoires de la société archéol. de la prov. de Const.*, 1868, p. 395, n. 1.) A la tête de cette confédération furent placés comme magistrats supérieurs trois *Triumviri juridicundo* dont le nom, d'après M. Renier, rappelle celui des fondateurs mêmes de ces colonies, en ce que, après la mort de César, les seconds triumvirs, Octave, Antoine et Lépide, donnèrent une constitution municipale et le droit de cité au territoire concédé à Sittius, et dont on fit quatre colonies formant une confédération. — Toutes quatre constituaient une seule République (voy. Henzen, nos 5319, 6504, et lin. 7 de notre inscript., second mot), dont Cirta était la capitale, et avait par là même donné son nom aux quatre colonies : *Coloniæ Cirtenses* (Henzen, no 5816); un seul *ordo decurionum* les représentait toutes, et un corps unique de magistrats siégeait à Cirta. Suivant M. Renier, il est probable que les *Triumviri* dont nous venons de parler, étaient envoyés à tour de rôle, après l'exercice de leur triumvirat, dans les trois autres colonies pour y rendre la justice. Chacun d'eux porte dans les inscriptions le titre de *Præfectus juri dicundo*, et le nom des trois autres colonies y est aussi mentionné. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est qu'il n'y a jamais de *præfectus juri dicundo* à Cirta, parce que ce sont les triumvirs en charge qui y rendent la justice. Indépendamment des décurions (*decuriones IIII coloniarum*, Renier, 2175) et des trois triumvirs communs dont il vient d'être question (*IIIviri IIII coloniarum*, Renier, 1888), il y avait encore, dans les différentes colonies, des édiles (*ædiles IIII coloniarum*, Renier, 1879, d'après la restitution de Mommsen) remplissant les fonctions des questeurs propréteurs de la province d'Afrique, ainsi que des patrons (*patroni IIII coloniarum*, Renier, 1812, et Mommsen, *Die Stadtverf. Cirtas und der Cirtens. Colon.*, *loc. cit.*, p. 55.) Enfin notre inscription nous prouve que les intérêts religieux avaient aussi leurs représentants. — Cette confédération fut rompue vers la fin du troisième siècle, et les quatre colonies devinrent indépendantes. Les inscriptions permettent de démontrer l'existence de la République des quatre colonies depuis environ l'année 138 jusqu'à 225 (Mommsen, *op. et loc. citt.*, p. 61); plus tard apparaît un *ordo coloniæ Milevitanæ* spécial. (*Annuaire*, 1860, p. 138.) Mommsen rattache à la dissolution de cette communauté urbaine une inscription (Renier, 2308) dont il a pour la première fois donné une lecture exacte, et d'après laquelle un *IIIvir* [*reso*]*luta contributione a Cirtensib(us)* devient *iterum in col(onia)* (*Milev.*), *patria sua*, *primus IIIIvir*. (Voir sur tout ceci Mommsen-Marquardt, *op. cit.*, IV, p. 320.) — Si l'on est curieux de détails relatifs à la Numidie, on pourra consulter avec fruit les ouvrages ci-après : un volume de *L'Univers pittoresque*, paru à Paris en 1844. 8, et qui contient de nombreux travaux sur l'Afrique ancienne, et notamment une étude de M. L. Lacroix sur la Numidie et la Mauritanie; *Exploration scientifique de l'Algérie pendant les années 1840-1844; Archéologie*, par de la Mare, Paris, 1850, 3 voll. in-4; *Beaux-arts, architecture et sculpture*, par A. Ravoisié, Paris, 1846, 2 voll. in-fol.; Renier, *Inscript. Rom. de l'Algérie*, Paris, 1860, in-fol.; *Annuaire de la société archéologique de la province de Constantine*, Constantine, 8. 1853-1862, intitulé depuis lors *Recueil des notices et mémoires de la soc. archéol. de la prov. de Const.*, 1863-1870; Guérin, *Voyage archéologique dans la régence de Tunis*, Paris, 1862, 2 voll. in-8; Mommsen, *in Berichten der sächs. Gesellsch. d. Wiss. ph. h. Cl.*, 1852, pp. 213 et suiv.; Henzen, *in Annali dell' Inst.*, 1860, pp. 23 et suiv.; Marquardt-Mommsen, *Handb. der röm. Alterth.*, IV, pp. 305 et suiv.; voir aussi *Carte de l'Afrique sous la domination des Romains*, dressée au dépôt de la guerre, d'après les travaux de M. Fr. Lacroix, par le capitaine Nau de Champlouis, Paris, 1864 et 1865, deux feuilles avec une *Notice sur la carte*, etc.

(*g*) *Flamen perpetuus.*

conséquences naturelles et nécessaires, reconnaître qu'à côté

(*h*) Notre personnage a offert, avec le tétrastyle, la statue *Divi Magni Antonini*, qu'il avait promise, s'il était revêtu du flaminat. Ce *Divus Magnus Antoninus* est Caracalla (Antonin Bassien), constatation qui va nous permettre de déterminer approximativement la date de l'inscription. L'empereur y étant qualifié de *Divus*, elle est certainement postérieure à sa mort; d'un autre côté, la première ligne révèle quel était le monument sur lequel elle se lisait : c'était un temple élevé à la Victoire Auguste, c'est-à-dire à la victoire d'un empereur dont le nom est devenu assez odieux, pour avoir ultérieurement subi l'outrage suprême d'un martelage sur les lignes 2 et 3 qui devaient en porter mention; de l'ensemble de ces faits, il nous semble possible de conclure que notre inscription a été gravée à l'occasion de la victoire des troupes d'Elagabale sur celles de l'ancien préfet du prétoire Macrin, victoire qui eut pour conséquence la proclamation d'Elagabale à l'empire. (8 juin 218; Dio Cass., LXXVIII, 39.) Tout concorde, dans le texte, avec cette manière de voir, et notamment les trois premières lignes plus la ligne 5 : la ligne 1, par l'indication de la nature du monument dont il s'agit, et du motif de son érection; les lignes 2 et 3 par la destruction même des noms qui y figuraient — (ceux d'Elagabale, et probablement aussi ceux de sa mère, Julia Soæmias Bassiana, femme de Sextus Varius Marcellus [Voy. Orelli, n° 946], sœur de Julia Mammæa, mère d'Alexandre Sévère), — puisqu'après le meurtre d'Elagabale (Lamprid., *Elagab.*, 17; Aurel. Victor, *De Cæsaribus*, XXIII; *Epitome*, XXIII), et l'avènement de son cousin Alexandre Sévère, le Sénat décida que les noms d'Elagabale seraient effacés de tous les monuments publics (voy. Lamprid., *ubi supra* et 18); la ligne 5 enfin, par la mention de Caracalla (211-217) comme d'un empereur mort. — Se demandera-t-on maintenant pourquoi L. Cornelius Fronto Probianus avait promis de donner la statue de Caracalla? C'est, à nos yeux, dans une idée de flatterie pour les colonies cirtéennes qu'il faut chercher le motif de ce fait. Si l'on n'oublie pas que le premier des quatre empereurs dits Syriens (193 à 235), à raison de l'origine de leurs femmes ou de leurs mères, Septime Sévère était né à Leptis, * on comprendra toute l'affection et tout l'attachement qu'avait la population de l'Afrique pour les princes de sa famille : promettre, par suite, la statue de son fils à la République, en reconnaissance d'un honneur qu'il ambitionnait, procédait, de la part du candidat d'une habileté d'autant plus propre à décider les suffrages en sa faveur qu'elle enrichissait une cité d'un monument public, tout en flattant la vanité nationale et l'orgueil de la province tout entière. Nous ajouterons qu'en élevant un temple à la Victoire Auguste, et en y plaçant la statue de Caracalla, Probianus se montrait aussi soigneux de ses intérêts envers Elagabale qu'envers ses propres concitoyens, en ce que le nouvel empereur devait évidemment avoir pour agréable qu'on célébrât sa victoire sur l'usurpateur Opilius Macrin (217-218), l'assassin de son parent. (Spartian., *Caracal.*, 6 et 8; Lamprid., *Anton. Diadum.*, 1; Capitol., *Macrin.*, 2 et seqq.; cf. Aurel. Vict., *Epit.*, XXI *in fine*.)

(*i*) On doit lire ici *flamonii;* on dit bien parfois sans doute *flaminatus;* mais, dans les inscriptions d'Afrique, *flamonium* est plus usité.

(*j*) *Præter sestertium* $\overline{\text{LXXXII}}$ *nummum;* la barre qui se trouve au-dessus des

* Spartian., *Sev.*, I; Aurel. Victor, *De Cæsar.*, XX; *Epitome*, XX. C'était Leptis Magna dans la Tripolitaine, *regio Tripolitana* (voy. Henzen, n° 6512), aujourd'hui Lebeda, Lebida ou Lebda non loin de Tripoli. Cette ville était située dans la Syrtique, c'est-à-dire dans le territoire compris entre la grande et la petite Syrte, et formait avec les villes d'Oea, aujourd'hui Tripoli, et de Sabrata, une confédération urbaine, κοινόν, appelée Tripolis, qui est encore mentionnée au quatrième siècle par Aurelius Victor (*De Cæsarib.*, XX) et par Ammien Marcellin. (XXVIII, 6.) Il est probable que cette association eut lieu dès la fondation même de ces villes. (Voy. Movers, *Die Phœnicier*, II, 2, p. 482, et Marquardt-Mommsen, *Handb.*, IV, p. 306, note 4.)

d'elle s'introduisit dans la suite le principe corrélatif de l'hérédité ? Nous ne le pensons pas, bien qu'au premier aspect, les apparences puissent sembler nous être défavorables à un triple point de vue :

---

six chiffres romains, indique qu'il s'agit ici non pas d'unités, mais de mille; même observation pour la ligne 7; à la ligne 8, on a bien pris le soin, il est vrai, de faire suivre le chiffre XXX indicateur de la valeur de la statue, du mot MIL; d'après M. Renier, cette adjonction tient probablement à ce qu'on avait oublié de mettre la barre au-dessus des trois XXX; nous nous permettrons de ne pas trouver cette explication très-satisfaisante. De deux choses l'une, en effet : ou bien on s'est aperçu de l'omission, au moment même où elle avait été commise, et rien alors n'était aussi facile que de la réparer; ou bien on ne s'en est rendu compte qu'après avoir terminé l'inscription, et alors comment aurait-on trouvé le moyen d'intercaler les lettres MIL ? On pourrait motiver la cause de leur absence à la ligne 6 par le défaut d'espace; mais comme cette cause disparaîtrait à la ligne 7 qui est plus courte, et qui cependant ne les contient pas davantage, nous préférons ne voir dans cette diversité d'indications numériques des sommes déboursées, qu'une bizarrerie pure et simple de l'inscription, qu'une fantaisie peut-être du lapicide qui, n'étant pas gêné par le manque d'espace à la ligne 8, aura vraisemblablement désiré la faire d'une longueur égale à celle de la ligne 6, les deux plus nourries de texte.

(*k*) C'est dans ce terme expressif que consistent le grand intérêt et l'originalité réelle de l'inscription. C'est lui qui en constitue toute la rareté; le mot PRÆSENS, pris en ce sens, est une expression peu fréquente, et que M. Renier nous a dit avoir rencontrée pour la première fois dans une inscription : elle signifie que L. Cornelius Fronto Probianus a versé à la République 82.000 sesterces *comptant*. Nous avions, quant à nous, relevé déjà l'expression analogue PECVNIA. PRAESENTI (argent comptant ou au comptant) dans une inscription fort importante, paraissant dater du temps d'Auguste, selon M. E. Hübner, découverte en 1868, vers l'embouchure du Guadalquivir, publiée dans l'*Hermes* (t. III, pp. 283 et suiv., 1868), dans le *C. I. L.* (t. II, p. 700, n° 5042), et dans la *Zeitschr. für Rechtsgesch.* (t. IX, pp. 117 et suiv., déc. 1869) avec un commentaire approfondi de M. H. Degenkolb, et enrichie d'une savante dissertation de M. Gide, dans la *Revue de législ. anc. et mod.*, année 1870-1871 (pp. 74 et suiv.), où elle se trouve reproduite avec le fac-simile donné par M. Hübner. (Voy. les deux derniers mots de la ligne 14; *Revue de législ.*, p. 75; voy. aussi p. 87.) — On retrouve le mot *præsens* employé dans cette même acception par le langage littéraire, chez les plus vieux auteurs (ainsi Plaute se sert également dans son *Captivi*, act. II, sc. II, v. 8, de la locution *præsens pecunia*, répétée plus tard par Cicéron dans son plaidoyer *Pro Cluentio*, XII, 34; cf. Petron., *Satyric.*, 109 : *præsentes denarii*; 137 : *nummis præsentibus*), de même que par la littérature juridique la plus ancienne. (On lit par ex. dans le caput XXXV de la *lex agraria, quæ Thoria vulgo dicitur*, de l'an 643 U.C. = 111 av. J.-C., l'expression : *pequnia præsenti*; M. Giraud, *Nov. Enchir.*, p. 590, avant-dernière ligne.)

(*l*) L. Cornelius Fronto Probianus avait donné avec le tétrastyle la statue de Caracalla par lui promise *ob honorem flamonii*, et qui était d'une valeur de 30.000 sesterces, outre 82.000 sesterces qu'il avait payés comptant à la République, et indépendamment aussi de 20.000 autres sesterces dont il avait gratifié les décurions, et de tous les autres dons que, dans sa libéralité, il avait faits à sa patrie. Il dédia lui-même cette statue, et, à l'occasion de sa dédicace, il donna des jeux scéniques et jeta des *missilia* au peuple. — *Rusicade* était, en effet, pourvue de lieux de distraction : on

D'un côté, en effet, si l'on envisage les offices conférés par le Prince, on y trouve l'usage des suffrages établi par la coutume et consacré par la loi ; d'autre part, pour se faire pourvoir d'un office électif, il faut, avant tout, songer à l'*utilitas publica*, et

---

y a notamment mis à jour les restes d'un amphithéâtre, et les ruines assez considérables et très-bien conservées, paraît-il, d'un théâtre, où, soit dit en passant, a été établi le musée de Philippeville, qui se trouvait malheureusement en plein air jusqu'à ces derniers temps encore : nous ignorons si ce regrettable état de choses a changé. — En ce qui concerne les *missilia*, auxquels fait allusion Gaius (L. 9 § 7, *De adquir. rer. domin.*, D., XLI, 1), copié plus tard par Justinien, qui restreint, sans raison apparente et plausible, aux préteurs et aux consuls, la généralité du texte original (§ 46, *De divis. rer. et qualit.*, Inst., II, 1), c'est un terme très-vague, qui ne désigne pas nécessairement des pièces de monnaie, mais bien, au sens large, des cadeaux ou présents de différentes sortes, jetés au peuple (par exemple, comme le suppose notre inscription, à l'occasion d'une représentation théâtrale, soit pendant le spectacle, soit à la sortie), ainsi que cela résulte de ces deux phrases du Suétone : « *Sparsit et missilia variarum rerum* » (*Calig.*, 18) ; « *sparsa et populo missilia omnium rerum.* » (*Nero*, 11.) — Les *missilia* étaient, d'ordinaire, les objets mêmes que l'on jetait ; mais les denrées alimentaires ne se prêtant pas à ce mode de distribution, non plus que les choses fragiles, les *missilia* étaient parfois de petites tessères (*tesseræ*, bons ou billets) en bois, en os ou en ivoire, destinées à les remplacer, et appelées en raison de ce fait *tesseræ missiles* (voy. *infra*, § 3, note 34 vers la fin) et sur lesquelles se trouvait une courte inscription : on y mentionnait le nom de la substance que le bénéficiaire devait recevoir, ainsi que la quantité à laquelle il avait droit : muni de ces cachets, forme grossière d'une générosité à laquelle était loin de s'attacher l'anonymat, et qui, en déguisant l'intérêt personnel, devait fournir à plus d'un courtisan de la multitude les éléments d'une popularité facile, comme les passages précités de Suétone nous prouvent que cela arriva pour certains princes, on se rendait à l'endroit indiqué pour en toucher le montant : ces bons, véritables billets à ordre, étaient, en effet, payables au porteur sur simple présentation. (Voy. Suet., *Nero*, 11 ; Turneb., *Advers.*, XXIX, 9 ; P. Barral, *op. cit.*, v^is MISSILIA et TESSERA THEATRALIS ; A. Rich, *op. cit.*, v^is MISSILIA, TESSERA, 4, et CONGIARIUM.)

De ces données diverses, une conclusion se déduit sans peine : c'est qu'il en coûtait cher pour être flamine dans une colonie, puisque, en laissant de côté le chiffre inconnu des dépenses faites pour sa patrie, le total des sommes déboursées par L. Cornelius Fronto Probianus s'élève à 132.000 sesterces, somme énorme à l'époque où nous nous trouvons, et qui, en évaluant le sesterce à 25 cent., équivaut à 33.000 fr. (C'est le chiffre auquel s'est arrêté M. Renier, en se fondant sur la valeur sus-indiquée du sesterce, dont il fallait quatre, d'après lui, pour faire une livre ou un franc. Nous rappelons que c'est sur ce passage de son cours que nous nous sommes appuyé, § 1, note 17 *in initio*.) — Qu'il nous soit permis de faire remarquer combien ces coûteuses générosités fortifient notre conjecture sur la généalogie de notre personnage. (Voy. *supra*, lettre *d*.) Que si en effet il se rattache à l'illustre Fronton, il n'est pas étonnant de le voir aussi large pour obtenir ce qu'il souhaite : lorsqu'on descend d'un parent assez riche pour avoir acheté les célèbres jardins de Mécène, cela laisse supposer qu'on n'a point à reculer devant la mise à prix d'un honneur dont on désire se voir revêtu.

A l'aide des observations qui précèdent, nous pouvons à présent transcrire le texte de notre inscription telle qu'elle doit être lue, et mettre en regard la traduction que nous croyons utile d'en donner.

donner satisfaction à quelque besoin public ; enfin les nouveaux titulaires sont dans l'obligation de payer à leurs collègues un droit d'entrée (*sportulæ*) (162).

Tout cela est exact ; mais ce ne sont là que des considérations superficielles qui ne sauraient ébranler notre conviction. A pénétrer le fond des choses, on ne tarde pas à apercevoir que tout ce maniement de deniers ne s'opère pas entre acheteurs et vendeurs, que tout cet argent octroyé par les candidats ne constitue pas, à vrai dire, la représentation du prix de l'office. Qu'est-ce donc alors ? Loyseau va nous l'apprendre (163) :

« Recüeillons donc de ce discours », dit-il, « que les Offices n'étoient point tout à fait venaux à Rome, ny pendant la Republique populaire, ny sous les Empereurs au moins licitement, ny à l'égard du public, et moins encore entre particuliers (164) : aussi n'étoient ils perpetuels, ou à vie, comme à nous, mais étoient annuels presque tous, sinon que les Officiers continuez à plus long temps, qui est un autre discours, qui seroit icy superflu. Il est vray, qu'és Offices electifs, les pollicitations au profit du public, étoient admises, et és collatifs les suffrages, et és Offices de Compagnie, et même aux Sacerdoces et aux Ordres Ecclesiasti-

---

1 *Victoriæ Augustæ Sacrum.*
2 *et* 3 || — SEQVVNTVR DVÆ LINEÆ SENATV JVBENTE ERASAE. —
4 || *L(ucius) Cornelius, L(ucii) fil(ius), Quir(ina tribu), Fronto Probianus, eq(uo)*
5 *p(ublico) orn(atus),* || *dec(urio) quatuor col(oniarum), fl(amen) p(er)p(etuus),*
6 *Divi Magni Antonini* || *statuam, cum tetrastylo, quam ob honorem flam(onii), praeter sestertium octoginta duo millia*
7 *n(ummum),* || *quæ reip(ublicæ) præsentia intulit, promiserat, et dec(urionibus) sestertium vinginti millia n(ummum), sed*
8 *et* || *cetera quæ liberalitate sua patriæ contulit, ex sestertio triginta mil(libus)*
9 *n(ummo) dedit,* || *idemque dedicavit; ad*
10 *cujus dedicationem etiam ludos* || *scænicos cum missilibus edidit.*

Temple de la Victoire Auguste (proprement, lieu dédié ou consacré à la Victoire Auguste ou de l'empereur). — Suivent deux lignes martelées sur l'ordre du Sénat. — Lucius Cornelius Fronto Probianus, fils de Lucius, de la tribu Quirina, décoré du titre de chevalier *equo publico*, décurion des quatre colonies, flamine perpétuel, a donné, avec le tétrastyle, la statue du divin Antonin le Grand d'une valeur de 30.000 sesterces, statue qu'il avait promise, s'il était revêtu de la dignité de flamine, indépendamment de 82.000 sesterces qu'il a versés comptant à la République, et outre 20.000 sesterces dont il a gratifié les décurions, ainsi que tous les autres dons que, dans sa libéralité, il a faits à sa patrie ; c'est lui qui a dédié ladite statue, et, à l'occasion de sa dédicace, il a donné des jeux scéniques et a jeté des tessères au peuple.

(162) « *Qui... vel ineunt magistratum... solent totam bulen, atque etiam a plebe non exiguum numerum vocare, binosque denarios, vel singulos dare* », dit Pline le Jeune. (*Epist.*, X, 117.) *Junge* L. 6 § 1, fr. Papin., *De decurion.*, D., L, 2. Voy. Loyseau. *op. cit.*, liv. III, chap. 1, nos 53 et suiv. — Comp. *infra*, § 4, note 75.

(163) *Op. cit.*, liv. III, chap. 1, nos 58 et 59.

(164) Comp. *id.*, *eod.*, nos 14 *in fine* et 41 *in fine*.

ques, le droit d'entrée, mais tout cela n'étoit que des presens, que faisoient par honneur ceux qui entroient aux Charges, pour se concilier la bien-veillance du peuple ou de l'Empereur, ou de leurs compagnons d'Office : que partant Trajan, au lieu pre-allegué (165), appelle *honoraria*, et n'approchoient pas de la vente absoluë des Offices, que nous pratiquons en France. »

Voilà qui est formel. Tenons donc pour certain que tout ce trafic des charges publiques différa toujours de la vénalité des milices, en ce qu'on ne le considéra jamais comme faisant entrer, dans une mesure quelconque, la fonction dans le patrimoine du titulaire, de façon à ce qu'il pût la transmettre soit entre-vifs à un acquéreur ou à un donataire, soit à cause de mort, à sa famille, à ses héritiers ou à ses amis, par voie de donation, de legs, de testament ou de succession *ab intestat*. Les sommes versées par les candidats étaient réputées de simples présents faits par honneur, dans le but indiqué par Loyseau : c'était un cadeau, et non un prix d'achat, un équivalent de l'office, comme le mot expressif de Trajan, dans une de ses réponses à Pline, le met fort bien en relief (166), et comme le fait aussi très-clairement entrevoir l'expression « *sumptus honeste ad honores per gradus pertinentes factus* », employée par Ulpien (167). De telle sorte que le fonc-

(165) *Eod.*, n° 50.

(166) Pline, *Ep.*, X, 114. Il s'agit là des sommes versées au Trésor public, par les décurions (*decuriones* ou *buleutæ*) de Bithynie, à titre de droit d'entrée, *ob introitum*, et que l'empereur, consulté par Pline à leur égard (voy. *eod.*, la lettre précédente), appelle *honorarium decurionatus*. Ailleurs (*eod.*, 48), Pline fait également mention de l'argent octroyé à cette fin par les *buleutæ* de la ville de *Claudiopolis* (qui s'appelait aussi *Bithynion* ou *Bithynium;* Plin., *Hist. nat.*, V, 43, éd. Panck.; Ptolem., V, 1) : ce dernier passage ne nous laisse aucune illusion sur la façon dont les choses se passaient. Le nouvel élu oubliait-il d'*offrir* son droit d'entrée, de régler l'octroi perçu à la porte de la curie (*bule*), on savait par une demande directe lui en rappeler le souvenir. « *Claudiopolitani quoque in depresso loco, imminente etiam monte, ingens balineum defodiunt magis quam ædificant, et quidem ex ea pecunia quam buleutæ additi beneficio tuo, aut jam obtulerunt ob introitum, aut nobis exigentibus conferent.* » Notons ici, puisque l'occasion se présente, qu'au sens juridique, le verbe *exigere* veut dire non pas exiger, poursuivre, mais toucher, recouvrer. (Voy. L. 116, fr. Papin., *De verb. oblig.*, D., XLV, 1 ; cf. Gaius, IV, 22, et Const. 2, *Si plures una sentent.*, C. Just., VII, 55.)

(167) L. 45 pr., *De negot. gest.*, D., III, 5.

tionnaire ne pouvait invoquer ni la vénalité, ni l'hérédité, puisque, n'ayant pas acquis par achat, il lui était impossible de se démettre par vente, et que, venant à mourir dans l'exercice d'une charge étrangère à ses biens, la nature même des choses s'opposait à ce qu'elle passât à ses héritiers (168).

Mais cette restitution aux faits de leur nature vraie et de leur caractère exact ne va-t-elle pas aboutir, en évitant une erreur, à faire surgir une difficulté ? Car ne semble-t-il pas, en présence de notre conclusion, qu'il n'y avait aucun intérêt à rechercher l'investiture moyennant finance de fonctions viagères et intransmissibles ? Qu'on ne s'y méprenne pas cependant; cet intérêt, pour être latent, n'en était pas moins réel, et l'orgueil tout comme la cupidité y trouvaient leur compte. On voulait jouir des honneurs et gagner de l'argent. L'enquête illusoire faite sur le compte des candidats, et l'immunité accordée aux fonctionnaires, pendant qu'ils étaient en charge, rendaient désirable l'accès de situation grâce auxquelles on pouvait par des exactions, non-seulement s'indemniser de ses déboursés, ou, pour mieux dire, de ses avances, et retrouver avec bénéfice ce qu'on avait à rembourser lorsqu'on avait emprunté pour obtenir sa nomination, ou bien encore ce que l'on devait, lorsqu'on avait eu, pour parvenir à ce but, recours aux promesses en faveur de *suffragatores* ou de la cité, mais aussi réaliser de sensibles économies (169). Il ressort de ces données que, si le jurisconsulte, plus juridiquement précis que le philosophe, le biographe ou l'historien (170), ne découvre pas sans doute, au fond de ces opérations, une vente véritable qui

---

(168) Voy. en notre sens : MM. Durand, *op. cit.*, p. 21, n° 26, et Dalloz, *Rép.*, mot OFFICE, n° 5. M. de Tourville avait également adopté cette opinion (pp. 13 *in fine* et suiv., et pp. 50 et suiv. de son manuscrit.) — Comp. *infra*, § 4, notes 75 et 90, ainsi que chap. III, § 1.

(169) *Sic*, M. de Tourville, pp. 14 *in fine* et suiv. de son manuscrit.

(170) Voy. Sénèque, Lampride et Zosime, *locc. inf. citt.* Cf. aussi Cujas, sur la Novell. VIII de Justinien. Le langage de ces auteurs est d'une vérité pratique absolue ; mais il faut toujours prendre garde de se laisser entraîner par les conséquences de tels ou tels faits dont on cherche à déterminer en droit la nature, et éviter surtout de faire dépendre leur caractère juridique des résultats pratiques par eux produits.

permette au titulaire d'invoquer la vénalité et l'hérédité de sa fonction, du moins le praticien ne tarde-t-il pas à entrevoir les résultats désastreux que sont destinés à enfanter les moyens mis en œuvre pour l'acquérir, et reconnaît-il bien vite que le nouveau pourvu, à peine installé, mettra tous ses soins à opérer ses recouvrements et à réaliser ses profits. C'est ce qui se produisit en effet : de là, des malversations, des oppressions et des exactions sans nombre. Ici, ce sont les gouverneurs de province et les juges mercenaires qui attirent cette réflexion si philosophiquement vraie de Sénèque : « ..... *Provincias spoliari, et nummarium tribunal, audita utrinque licitatione, alteri addici, non mirum : quando quæ emeris vendere gentium jus est.* » (171) Ce sont plus tard les marchands d'*honores* et de *potestates* qui font reprendre à Alexandre Sévère la même pensée sous une forme devenue proverbiale : « *Necesse est ut qui emit, vendat* », et lui fait reconnaître l'impossibilité de châtier ceux qui vendent ce qu'on leur a laissé acheter. « *Ego non patiar mercatores potestatum : quos si patiar, damnare non possim. Erubesco enim punire illum hominem qui emit et vendit.* » (172) Là, ce sont les magistrats dont la soif du gain a tellement atrophié le sens moral, qu'au dire de Zosime (173), ils publient hautement qu'ils ont besoin de se rembourser du prix de leurs charges. Et c'est pourquoi au sixième siècle, Justinien, se bornant à constater les faits, et à en tirer leurs conséquences fatales, peut écrire en toute vérité dans le § 1 de la *præfatio* de sa Novelle VIII : « *An certe non omnibus manifestum est, quoniam qui aurum dat, et ita administrationem emit : non dat hoc solum quantum occasione adinventum est suffragiorum, sed et aliud extrinsecus addit amplius occasione commodi administrationem aut dantibus aut spondentibus ? Et sic* UNO PRINCIPIO ILLICITO DATO PLURIMAS

(171) *De benef.*, I, 9. — Comp. Etienne Pasquier, *Les recherches de la France*, liv. I, chap. VII, Paris, in-f°, 1665, f° 21, D.

(172) Lamprid., *Alex. Sev.*, 49.

(173) *Loc. cit.*, note 58 *supra*, p. 310 *in fine*.

NECESSE EST MANUS CIRCUMIRE EUM QUI DONATIONEM FACIT : *et hoc non de suo forte præbere, sed mutuatum, et ut mutuare possit, damnificatum, et computare apud se, quia convenit eum tantum ex provincia percipere, quantum liberet ei quidem debitas sortes et usuras, et damna pro ipso mutuo : computabit autem et in medio expensas largiores, jam et judici, et qui circa ipsum sunt, convenientes : et quendam etiam sibimet recondet quæstum in tempore sequenti, in quo forte non administrabit. Quapropter ejus quod ab eo datum est, triplum, magis autem, si oportet verius dicere, decuplum erit, quod a subjectis nostris exigitur : et ex hoc etiam fiscus imminuitur : nam ea quæ oportebat in fiscum inferri, eo quod administrationem habet puris utentem manibus : hoc ad propriam utilitatem redigens qui administrationem habet, et inopem faciens nobis collatorem, inopiam ipsius quæ per ipsum agitur, nobis reputat et quanta impie talia fiunt, ad horum furtorum merito relata occasionem?* etc..... »

Nous aboutissons donc, en résumé, à cette conclusion finale, touchant l'ébauche que nous venons de présenter de la vénalité des fonctions publiques, à laquelle le mot de Cicéron : « *Male se res habet, quum, quod virtute effici debet, id tentatur pecunia* » (174) ne saurait mieux servir d'épilogue, que la vénalité proprement dite se manifesta dans les milices plus tôt et d'une façon plus complète (175), que dans les autres charges publiques de l'empire romain. Qu'était-ce donc que les *militiæ* dites *venales?* Et d'abord, qu'entendait-on par *militia ?*

§ 3. — *Origine du nom de* militiæ; *explication et signification du mot; division générale de la* militia *en* armata *et en* civilis *ou* urbana; *subdivision de cette dernière en trois groupes.*

Pris dans son acception primitive, le mot *militia* désignait pro-

(174) *De offic.*, II, 6.
(175) Voy. Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. I, n° 55 *in fine.*

prement, à Rome, le service ou l'état militaire (1), le métier des armes, la campagne, l'expédition, l'opération militaire, la guerre (2), les divers grades ou fonctions militaires dont on pouvait être investi (3), les soldats, la milice, les troupes, l'armée (4).

---

(1) C'est là son sens absolument technique, soit dans le langage littéraire *(ex. gr. :* Cæs., *De bell. Gall.*, VI, 18, éd. Panck.; Juvenal., *Sat.*, XVI), soit dans la langue de l'épigraphie (voy. M. L. Renier, *Mél. épigr.*, Dissert. 10e), soit enfin dans celle du droit. Pour nous borner à un seul exemple, tiré des textes juridiques, il nous suffira de mentionner que le Latin Junien acquérait la cité romaine *militia*, c'est-à-dire par un service militaire parmi les *vigiles Romæ*, prolongé pendant six ans, d'après la *lex Visellia*, et réduit à trois années par un SC. postérieur. (Gaius, I, 32 b; Ulp., *Reg.*, III, 5; voy. § 2 *supra*, note 13 *in fine*, p. 276. — Cf., dans le même sens, L. 2 § 2, fr. Ulp., *De his qui not. inf.*, D., III, 2, et L. 3 § 1, fr. Ulp., *De muner. et honor.*, D., L, 4. — Voy. enfin la définition du *castrense peculium*, donnée par Macer, L. 11, *De castr. pecul.*, D., XLIX, 17.)

(2) Les preuves sont ici trop abondantes et trop connues pour que nous croyions utile de les indiquer. Rappelons seulement que MILITIA, *hoc sensu*, formait l'antithèse née, pour ainsi dire, du mot DOMUS, employé pour signifier l'état de paix, par opposition à l'état de guerre ; de là la locution si fréquente : *Domi militiæque.* (Voy. notamment Sallust., *Catil.*, 29 *in fine*, et L. 35 § 4, fr. Paul., *De mort. caus. donat.*, D., XXXIX, 6.) De ce sens originaire de *militia* doivent être rapprochés ceux de *miles*, soldat, d'où il dérive, et de *militare*, être soldat, servir comme tel, combattre, faire la guerre. Ces trois termes, du reste, sont employés dans cette signification, tantôt au propre et tantôt au figuré. Spécialement, *militare* veut parfois dire s'efforcer de..... On en trouvera des exemples dans Tertullien. Pareillement, Jacob, cité par Maine de Biran *(Pensées*, p. 311), se sert aussi de *militare* dans le sens moral du mot : « *Cunctis diebus quibus nunc* MILITO, *exspecto donec veniat immutatio mea.* » (Voy. M. l'abbé L. Baunard, *Le doute et ses victimes dans le siècle présent*, 4e éd., p. 62.) — Comp. chez nous le mot *militie*, usité au seizième siècle et devenu plus tard *milice*, terme qui, toutefois, dans les deux sens de l'art et l'exercice de la guerre, l'expédition militaire (voy., sur ce dernier sens, Massillon, *Panég. de S. Bernard*), n'est plus guère usité. (Comp., au figuré et en terme d'éloquence sacrée : *Id.*, *Profess. relig.*, 2; Bourdaloue, *Jugem. dern.*, 1er Avent, p. 67.)

(3) Cf. l'expression « *equestres militiæ* » dont se sert quelque part Suétone, et le diminutif *militiola*, employé par le même auteur dans le sens de grade militaire inférieur.

(4) Au milieu des mille exemples que l'on pourrait citer, dans lequels *militia* revêt cette signification de corps de troupes, d'armée, bornons-nous à relever cette phrase de Suétone (*Claud.*, 25), demeurée célèbre jusqu'à ces derniers temps par sa difficulté d'interprétation : « *Imaginariæ* MILITIÆ *genus, quod vocatur supra numerum.* » Il s'agit là des *milices équestres*, création de Claude. C'était un corps de troupes spécial, véritable pépinière de jeunes chevaliers, où ceux-ci faisaient leur apprentissage, et qui était composé d'officiers surnuméraires, titulaires sans fonctions, bénéficiaires sans services. C'est à M. L. Renier que revient l'honneur d'avoir le premier expliqué, avec l'autorité de sa science, le nom et la chose qui, avant lui, n'avaient pas été compris. (Voy. *Mél. épigr.*, pp. 203-244; cf. Henzen, n° 6930.)

Dans le sens de corps de troupes, armée, notre mot *milice* ne s'emploie à peu près que dans le style soutenu. (Voy. Bossuet, *Disc. sur l'hist. univ.*, IIIe partie, chap. VI

La terminologie romaine décora (5) par la suite du nom de *militiæ* des fonctions qui n'étaient plus purement militaires, et elle en vint à désigner de la sorte des charges d'une nature toute différente. « Les trois derniers Livres du Code, la Notice de l'Em-« pire, et les Commentaires *Reip. Rom.* de Lazius », dit Loyseau, « nous apprennent assurement, que les Milices êtoient proprement « les places des compagnies, ou bandes de serviteurs domestiques, « ou Officiers servans en la maison des Empereurs : Ausquelles « Milices se raportent entierement les places des menus Officiers de « la maison du Roy, comme des Gardes du corps, de la venerie, « fauconnerie, écurie, sommelerie, panneterie, cuisine, fruiterie, « et autres semblables, etc. »

Après avoir constaté que « la premiere extension du nom de Milice fut pour les Officiers domestiques de l'Empereur », le même auteur ajoute : « Enfin ce nom de Milice fut tellement « étendu, qu'il fut communiqué aux Ministres et appariteurs des

[comp. M. Fustel de Coulanges, *Hist. des instit. politiq. de l'ancien. France*, liv. II, chap. I]; Montesquieu, *Considér. sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décad.*, chap. IX, *in init.*; Fléchier, *Turenne;* Voltaire, *Charles XII*, 5. — Comp., au figuré, Carrel, *Œuvres*, t. V, p. 213.) — On le rencontre cependant aussi, avec cette signification, dans certains documents législatifs. (Voy., par ex., l'art. 2, 1er alin., de la convention consulaire conclue entre la France et les Etats-Unis d'Amérique, le 23 fév. 1853, et publiée à la suite du décret impérial du 11 sept. suiv., qui en porte promulgation; Devill. et Car., *Lois ann.*, 3e série, ann. 1853, p. 162.) — Anciennement, on désignait par milice des levées faites parmi les hommes en état de porter les armes (Michelet, *Hist. de France*, t. 2, p. 277), et spécialement, sous l'ancienne monarchie, des levées de bourgeois et de paysans faites par voie du sort, soit pour le recrutement de l'armée, soit pour la formation de régiments provinciaux. (Voy. Voltaire, *Siècle de Louis XIV*, *Suppl.*, 1re partie; J.-J. Rousseau, *Econ.*, 3.) Les milices bourgeoises constituaient aussi jadis un corps de troupes particulier, tout comme la milice américaine moderne qui correspond à ce qu'était chez nous la garde nationale. (Voy. la convention précitée, *eod.*)

Au figuré, et dans le style élevé, les expressions *militia* et *milice* se trouvent de même fréquemment employées par les auteurs sacrés, dans un sens religieux. (*Militia cœli*, Se. Hieron., *passim ; « veneratagque cœli Militia »*, Se. Prosp., *Prov.*, 505; *militia cœlestis*, Isid., *passim; milice céleste*, Bourdaloue, *Exhort., Crucif. et mort de J.-Ch.*, t. 2, p. 201 ; Châteaubriand, *Génie du christian.*, I, VI, 5.) — Consulter, sur les différentes acceptions de *militia*, de *miles*, de *militare* et de *milice :* Du Cange, *Glossar., his verbis*, t. 4, éd. F. Didot, Parisiis, 1845; Forcellini et R. Estienne, *ibid.;* Freund, *Grand dict. de la langue lat., ibid.;* Littré, *Dict.*, mot MILICE.

(5) L'emploi de ce verbe est légitimé par le troisième motif que nous donnons ci-dessous de l'extension faite des termes militaires aux emplois civils, ainsi que par la considération finale qui le suit.

« Gouverneurs de Province (6), qui répresentans l'Empereur, « appellerent aussi leurs domestiques du même nom que les « siens (7), comme il appert de la Loy antepenultiéme, *De Cohor-* « *talibus lib.* 12 *Cod. Propriè autem Cohortales vocabantur* « *l.* 4. *eod. tit. Cohors autem, manipularis seu infimæ Militiæ* « *genus erat.*

« Bref, ce même nom de Milice fut attribué aux fonctions « pures, civiles, et jusques aux Avocats. » (8)

La recherche des divers motifs pour lesquels on alla demander à l'armée des dénominations qui lui étaient propres, nous fournira la raison même de ces extensions, comme aussi celle de leurs successions progressives.

Or, cet emprunt, fait à l'armée, de la dénomination générique comme de la condition et des titres en général de ces emplois subalternes dans l'administration centrale et provinciale, peut s'expliquer, suivant nous, de trois manières au moins :

α. — Soit par un souvenir;

β. — Soit par une raison politique;

γ. — Soit enfin par une idée toute nationale, toute particulière au caractère romain.

α. — Par un souvenir tout d'abord, avons-nous dit, en ce que les magistrats, tels notamment que les préteurs et les préfets du prétoire, ayant primitivement cumulé les fonctions militaires et administratives, leurs subordonnés se trouvèrent à la fois militaires et administrateurs (9).

---

(6) Une constitution des empereurs Valentinien, Valens et Gratien, datée de 365, en confirmant aux *cohortales* de Syrie certains privilèges qui leur avaient été concédés par Dioclétien, donne à leurs charges le nom de *militia*. (Const. 11, *De cohortalib.*, C. Th., VIII, 4 = Const. 3, *eod. tit.*, C. Just., XII, 58.)

(7) Comp. note 38 *infra*.

(8) Voy. Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. I, nos 36, 37, 40, 42 et 43. — Consulter, en ce qui concerne la *militia* des avocats : Const. 1, *De defensor. civit.*, C. Th., I, 29, et Const. 14, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7. La teneur de cette seconde constitution est relatée ci-dessous, p. 375.

(9) Voy. sur ce point, et pour la justification de cette proposition, note 35 *infra*, p. 381. — Comp. aussi, *Appendices*, I, I, le passage consacré aux greffiers et aux notaires, *sub. fin.*

β. — Par une raison politique, en ce que, dans un gouvernement absolu, l'armée jouant un grand rôle, et étant nécessairement organisée pour l'obéissance passive, les empereurs durent chercher à asseoir sur les mêmes bases, pour un but semblable, les institutions, ou, pour mieux dire, le fonctionarisme civil.

Et c'est pourquoi cette règle de prudence et de sagesse, que l'intérêt des Césars sut dès le début élever à la hauteur d'un principe, se rencontre partout sous l'empire romain, aussi bien dans l'administration centrale, que dans l'administration provinciale. Ici encore, en effet, la tradition qui fut toujours si chère à Rome et si vivante parmi ses citoyens, ne rappelait-elle pas le caractère essentiellement militaire, à l'origine, des plus importantes des dignités nouvelles introduites par Auguste à côté des anciennes magistratures devenant chaque jour plus nominales que réelles, de ces dignités qui, par suite d'une rapide transformation, allaient s'étendre en peu de temps à toutes les branches de la puissance publique ? Et pour l'aider à perpétuer l'empreinte de ce cachet primitif, dont furent à leur naissance marquées les institutions de création récente, n'avait-elle pas d'ailleurs pour double garant, outre le despotisme des empereurs, l'orgueilleuse vanité de la nation tout entière, toujours si puissamment flattée, nous allons avoir à le constater, de tout ce qui, de près ou de loin, pouvait se rattacher à l'armée ? — Voilà ce qui conduisit certainement à modeler sur elle les emplois d'ordre purement civil, procédé d'autant plus profitable au Chef suprême que, grâce à lui, tous les fonctionnaires impériaux, véritables soldats soumis à ses ordres, ne pouvaient exercer leurs attributions qu'en vertu d'une délégation directe de l'empereur de qui émanait leur nomination, et qui les tenait de la sorte sous son autorité exclusive et sous sa dépendance la plus absolue. — Aussi bien, nous emparant de ces idées et de ces faits contrôlés par l'histoire, nous pouvons dire, à ce point de vue, que le nom de *militiæ* fut attaché aux fonctions civiles, parce que les innombrables titulaires qui les

peuplaient étaient comme enrégimentés sous le commandement de supérieurs hiérarchiques. Le pouvoir civil eut désormais son armée comme le pouvoir militaire avait la sienne ; dans les deux camps, figuraient des *milites* (10), les uns au caractère pacifique et purement civil, les autres destinés au service des armes. Et voilà comment, à nos yeux, l'armée, débordant sur le domaine civil, y conserva, d'une façon peu technique sans doute, mais très-juste au fond, son nom originaire et unique, *militia*, tout en ayant subi de profonds changements dans son démembrement (11).

γ. — Par une idée toute nationale et toute particulière au caractère romain, avons-nous enfin ajouté. « Or étoient-elles ainsi appellées » (*mililiæ*), nous dit Loyseau (12), « pour titre « d'honneur, dautant que les Romains étans du tout addonnez à « la guerre, n'estimoient rien de plus honorable que la qualité de « soldat, et partant étoient curieux d'appeller du nom de Milices, « les fonctions mêmes de la paix.

« . . . . . *Tamen etsi bella quierunt,*
« *Non periit virtus ; licet exercere togatæ*
« *Munera militiæ ; licet et sine sanguinis haustu*
« *Mitia legitimo sub judice bella movere.* » (13)

Comme on le voit, la vanité peut fort bien ne pas avoir été étrangère au sujet qui nous occupe.

Peut-être à ces considérations diverses, ne serait-il pas téméraire d'en ajouter une quatrième, que nous puiserons dans un motif de diplomatie d'autant plus admissible, que les empereurs romains surent, de tout temps, recourir à tous les expédients capables de servir leur intérêt personnel. Or, un des pro-

(10) Voy. *infra*, p. 377.

(11) Consulter sur tout ceci et à l'appui de notre manière de voir : MM. Willems, *op. cit.*, p. 320, § 2 ; baron Desazars, *op. cit.*, *Revue gén. du droit*, 1878, p. 589 *in init.* Comp. *supra*, § 2, nos notes 5 et 6 sur les préfets de la ville et du prétoire. Voir aussi, sur ces deux premiers motifs, M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, p. 167, n° 205.

(12) *Ubi supra*, n° 39.

(13) Saleius Bassus, *Ad Calpurnium Pisonem poemation*, Lucano vulgo adscriptum, vers 26 et suiv. ; *Poet. lat. min.*, éd. Lemaire, t. 3, pp. 236 et suiv.

cédés les plus propres, assurément, à sauvegarder leur fortune toujours chancelante, était de caresser l'armée qui les faisait et les défaisait; et celle-ci ne devait pas être insensible à une marque de flatterie consistant, de la part du prince, à tout militariser (on nous pardonnera ce néologisme, seul capable de rendre notre pensée). Qu'on ne l'oublie pas : l'Empire s'appuyait sur l'armée ; il était par là même d'une bonne politique de mettre l'art de flatter au service d'un impérieux besoin. Ce n'est là, toutefois, qu'une conjecture toute personnelle, que nous n'avançons qu'avec timidité; mais l'histoire étant loin de la contredire (14), nous nous sommes cru permis de l'énoncer (15).

Les différentes raisons que nous venons de fournir, ont, à des degrés divers, l'avantage de nous faire comprendre l'application du mot *militia* aux professions civiles, comme aussi de nous expliquer l'ordre chronologique, si l'on peut ainsi dire, de ses extensions successives.

Que si, tout d'abord, les officiers domestiques de l'Empereur furent les premiers auxquels fut étendu notre terme, cela tient à ce que nulle autre fonction de paix n'a, plus que celle-là, d'analogie avec celle des militaires (16), si bien que Constantin alla même jusqu'à assimiler les deux conditions, et arriva par ce moyen à légitimer la concession d'un pécule *quasi castrense* à tous les *palatini*, c'est-à-dire aux milices de la maison de l'Empereur : « *Quid enim tam ex castris est, quam quod nobis consciis, ac prope sub conspectibus nostris acquiritur? Sed nec alieni sunt a pulvere, et labore castrorum, qui signa nostra comitantur, qui præsto sunt semper actibus : quos intentos, et eruditos studiis,*

---

(14) Nul n'ignore, en effet, les nombreux privilèges et les faveurs multiples que l'Empire prodigua à l'armée.

(15) Abstraction faite de ce motif, vrai ou faux, erroné ou exact, il n'en demeure pas moins évident que la qualification de *militiæ*, donnée à des fonctions purement civiles (cette locution étant, dans toute cette matière, opposée par nous à fonctions exercées *in armata militia*), est un des signes nombreux, et un des plus innocents, par lesquels s'accusa la prédominance de l'esprit militaire dans la monarchie impériale.

(16) Voy. Loyseau, *eod.*, n° 40.

itinerum prolixitas, et expeditionum difficultas exercet. » (17) Et quand, près d'un siècle et demi plus tard, en 469, les avocats seront à leur tour incorporés dans les milices, grâce à une constitution de Léon et d'Anthemius, dont le style emphatique a fait la célébrité, nous verrons les empereurs trouver de l'extension du mot *militia*, un motif identique et tout aussi naturel à leurs yeux, qu'il avait autrefois semblé plausible à leur prédécesseur Constantin. « *Advocati, qui dirimunt ambigua fata causarum, suæque defensionis viribus in rebus sæpe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si prœliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos : militant namque causarum patroni, qui gloriosæ vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam, et posteros defendunt.* » (18)

La conclusion qui se dégage des données précédentes, c'est que bien souvent, dans les textes, et spécialement dans ceux de l'Empire (19), le mot *militia* n'a plus sa signification technique primitive, mais qu'il revêt le sens nouveau de fonction publique, d'office civil (20).

De là cette conséquence, qu'on arriva dès lors à distinguer à

---

(17) Const. unic., *De cast. omn. palatin. pec.*, C. Just., XII, 31.

(18) Const. 14, *De advoc. div. judicior.*, C. Just., II, 7.

(19) Ce n'est pas seulement des textes juridiques qu'il est ici question ; notre observation s'applique aussi aux textes littéraires. (Voy., en particulier, Sᵗ. Prudent., *Cath. præf.*, 19 : « *Tandem militiæ gradu Evectum pietas principis extulit.* » — Cf. Du Cange, *Glossarium*, vᵒ MILITIA.)

(20) Empruntant l'idée au poète, c'est bien le cas de répéter après lui :

« *Hoc quoque militiæ genus est, civilibus actis*
« *Compositum.....* »

(Manilius, *Astronom.*, III, v. 105 et *seq.* ; Londini, éd. H. Woodfall, 1739.) « Cette expression de *militia* », écrit M. Duval (*op. cit.*, *Thèse*, p. 23; *Rev. gén. du dr.*, p. 45), « semble s'être appliquée tout d'abord aux fonctions des greffiers du questeur : « *adjutores quæstoris* », aux *silentiarii*, huissiers du palais, au *primipilus*, sorte de commissaire des vivres dans le palais des empereurs (Zonar., *Apost. Canon.* 82). »

Rome deux sortes de milices (21) : la *militia armata* et la *militia civilis* ou *urbana* (22).

En ce qui concerne cette dernière, la seule à laquelle nous ayons à nous attacher ici, elle est, de son côté, susceptible d'une triple subdivision : « *Rursus civilis Militia triplex fuit : Palatina* « *nempe,* qui comprenoit les Officiers de la maison de l'Empereur, « que nous avons retenuë seule en France, et des Gouverneurs des « Provinces (23) : *Togata, seu forensis* qui étoient les Juriscon- « sultes et les Avocats (24) : et *Literata*, qui étoient les Secretaires « et Officiers de la plume *qui militabant in quatuor scriniis scili-* « *cet memoriæ, epistolarum, libellorum, et dispositionum* (25) :

---

(21) Il faut ici prémunir contre une erreur que bien des textes littéraires ou épigraphiques, lus avec légèreté et rapidité, pourraient amener à commettre; les mots *utraque militia*, que l'on y rencontre très-fréquemment, ne font nullement allusion à la dualité des *militiæ armata* et *civilis*, mais bien à la composition organique, en infanterie et en cavalerie, de la *militia castrensis*. Le *magister utriusque militiæ* (Orelli, nos 1134 et 1152, Rome) signifie donc maître de la cavalerie et de l'infanterie. On sait que ce titre était porté en Afrique par le célèbre Gildon (voy. *Inscr. Const.* 9, *Ad leg. Jul. de adult.*, C. Th., IX, 7), lorsqu'il se révolta et se maintint de 386 à 398, ce qui a fourni à Claudien, pour le dire en passant, le sujet de son poème *De bello Gildonico*. Les *magistri militum*, qui occupaient le plus haut grade dans la hiérarchie militaire (voy. M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 359 ; comp. *infra*, § 4, note 21), et avaient plein pouvoir sur les soldats, furent créés par Constantin, à l'époque où il sépara le commandement militaire de l'autorité civile, fonctions cumulées avant lui par les *præfecti prætorio*. (Voy. Zosim., II, 32 et 33; Const. 1, *De offic. mag. mil.*, C. Just., I, 29; P. Barral, *op. cit.*, v° MAGISTER MILITIÆ ; A. Rich, *op. cit.*, v° MAGISTER, 7 ; M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, nos 63, 120 et suiv. ; Walter, *op. cit.*, t. 1, §§ 362, 363 et 416.)

(22) Cette distinction apparaît très-nettement, dans les textes juridiques, par l'adjonction au mot *militia* pris dans son acception technique, de l'épithète *armata*. (*Ex. gr. :* LL. 6 pr., et 18, fr. Ulp., *De re judic.*, D., XLII, 1 ; Const. 1, *De jur. et fact. ignor.*, C. Just., 1, 18 ; Const. 4, *Qui dare tut. vel curat. poss.*, C. Just., V, 34 ; Constt. 2, 3 et 4, *Qui milit. poss.*, C. Just., XII, 34.) En ce qui touche les *militia urbana*, voy. le § suivant.

(23) Symm., *Epist.*, V, 74 ; Sidon. Apoll., *Epist.*, I, 6 ; Cass., lib. I, *epist.* 10 ; Const. 5, *De palat. sacr. larg.*, C. Th., VI, 30 ; Const. 5, *eod. tit.*, C. Just., XII, 24. De là le nom de *palatini* donné aux fonctionnaires de cette *militia*. (Voy. *infra*, § 4, note 88.)

(24) Nous avons vu (*supra*, p. 373) Saleius Bassus, cité par Loyseau, employer en ce sens l'expression *togata militia*.

(25) Symm., *Epist.*, VII, 124 ; Const. 8, et *passim*, *De prox. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19; plusieurs constitutions de ce titre énumèrent les quatre *sacra scrinia* (voy. spécialement les Constt. 1, 3, 4 et 11), que mentionnent également beaucoup d'autres textes, et sur lesquelles nous reviendrons d'ailleurs au § suivant. (Voy. § 4, note 63.)

« *de quibus in tit. de prox. sacr. scriniorum, et iis qui in scri-*
« *niis militant.* » (26)

A peine avons-nous besoin d'ajouter que des extensions de signification, semblables à celles que nous venons de constater pour le mot *militia*, se retrouvent naturellement, et par la force même des choses, pour le mot *miles* et ses autres dérivés, notamment pour le mot *militare*. Par suite, dans la nouvelle terminologie, *miles* ne désignera pas seulement le soldat, mais il pourra fort bien aussi, suivant le texte où il se rencontrera, désigner celui qui exerce la fonction, la *militia*, c'est-à-dire le titulaire, le fonctionnaire (27).

Pareillement, *militare* signifiera souvent : exercer les fonctions d'une milice. C'est ainsi que, dans les textes nombreux qui se réfèrent aux milices palatines (emplois civils salariés exercés à la cour), on trouve à maintes reprises, en ce sens, les expressions suivantes : *intra palatium* (28), *in sacro palatio* (29) ou simplement *in palatio* (30), *in sacris scriniis* (31), *in scriniis palatii* (32), *militare* (33).

---

(26) Loyseau, *eod.*, nos 44 à 48 incl. Voy. aussi Brisson, *De verb. signif.*, vo MILITIA.

(27) « *Non tantum de iis militantibus Scriptura loquitur* », disait saint Ambroise (Serm. 7), « *qui armata militia detinentur, sed quisquis militiæ cingulo utitur dignitatis suæ* MILES *adscribitur.* » Et Justinien répète après lui, relativement aux *milites scholares*, qui avaient pour chef le *magister officiorum* (voy. § 4, note 21) : « MILITES *autem appellamus tam eos qui sub excelsis magistris militum tolerare noscuntur militiam, quam qui in undecim devotissimis scholis taxati sunt.* » (Const. 35 *in medio*, *De loc. et cond.*, C. Just., IV, 65. — Voy. Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 839 *in init.*) — « *Officiorum omnium milites* », dit de son côté Lactance. (*De mort. persecut.*, 32.) — Nous devons toutefois ajouter que l'expression de *militans* est beaucoup plus fréquente que celle de *miles* pour désigner le titulaire ou fonctionnaire. (Voy. par ex. Rub. tit. 25, lib. III, C. Just., et *eod.*, XII, 19, *passim ;* voy. aussi Const. 2, *De commeatu*, *eod.*, 43.) Consulter Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 138, TIT. XXV ; Donell., *Opp.*, t. 2, col. 336 *in init.*, nos XXVI et suiv.

(28) Const. 1, *De tabular.*, C. Just., X, 69 ; Const. unic., *De comit., et archiat. sac. palat.*, C. Just., XII, 13.

(29) Rub. tit. 35, lib. VI, C. Th., et tit. 29, lib. XII, C. Just.

(30) Const. 4, *De privileg. eor.*, C. Just., XII, 29. Cette constitution emploie aussi dans le même sens la locution *dignitates suscipere palatinas.*

(31) Rub. tit. 19, lib. XII, C. Just., et *eod.*, Constt. 2, 7, 9 et 12 pr.

(32) Const. 3, *eod.* — Cf. Gothof., *Ad tit. C. Th.*, *De proxim.*, VI, 26, PARATIT., III.

(33) Comp. aussi l'expression *in officio* ou *in officiis militare.* (Const. 1, *De tabular.*,

Une fois entré dans cette voie, il n'eût guère été logique de ne point consommer l'assimilation entre la *civilis* et l'*armata militia ;* et de fait, on ne se borna pas à prendre le nom général ; on mit encore à contribution, pour les transporter dans le domaine civil, outre les expressions techniques se référant au militaire (34), les différents titres qui, dans la véritable armée, avaient

C. Just., X, 69; Const. 10, *De div. off.*, C. Just., XII, 60.) Voy. Brisson, *De verb. signif.*, v° MILITARE. — Tous les textes cités au cours de ces six dernières notes (28-33) ne sont que de simples exemples, et on en ferait une abondante moisson au Code Théodosien et ailleurs où figurent toutes les locutions signalées.

(34) Telles, notamment, que celles qui caractérisaient les enseignes, et en particulier le *cingulum*, ou ceinturon, qui figurait, comme on le sait, au nombre des principaux *insignia honorum* ou *dignitatum*. (Const. 2, *Ut dignit. ordo serv.*, C. Just., XII, 8.) « Mais principalement ils (les officiers) avoient la ceinture militaire, qui étoit une marque commune à presque tous les notables Officiers, » dit Loyseau (*op. cit.*, liv. I, chap. III, n° 50. — Comp. *infra*, § 4, note 48), « d'où vient qu'en plusieurs passages des bons livres *cingulum* est pris pour l'Office et Dignité. Ζώνη ἐστὶ τὸ ἀξίωμα, dit Suidas. » C'est également le langage dont se servent en notre matière les constitutions impériales : « *Militiæ cingulum sibi sumere* » (Const. 9, *De palat. sacr. larg.*, C. Just., XII, 24) ; « *deponere cingulum* » (Const. 3, *De apparit. præf. præt.*, C. Just., XII, 53), y est-il écrit, pour signifier entrer en fonction ou sortir de charge *. Joindre aussi Novell. XX, *Præfat. :* « ..... *tuo competere cingulo* », et enfin la Const. 147 § 3, *De decurion.*, C. Th., XII, 1, qui est particulièrement caractéristique ; elle pousse, en effet, la synonymie jusqu'au bout, en employant, au sujet des *officia palatina*, la locution *absolutus* MILITARI *cingulo*, pour dire être dépouillé de sa charge. Cf., pour la *militia armata*, la locution équivalente *absolutus cingulo*. (Const. 24, *De Jud.*, C. Th., XVI, 8.) — Comp. le passage de Cassiodore, cité par P. Barra, *loc. inf. cit. :* « *Cingulum significat quod ad Judicis pertinet dignitatem, nam cincta potestas in ipso vocabulo noscitur constituta, sic enim cinctum dicimus Judicem, quando ejus fasces et honores declaramus.* » — Le *cingulum* devint dès lors, ainsi que le remarque Loyseau, le symbole de la dignité, le signe caractéristique de la fonction en

* On rencontre dans les textes les expressions les plus variées pour signifier sortir de charge : nous y avons notamment relevé les suivantes, dont quelques-unes ne sont pas exemptes de bizarrerie : *scriniorum sacrorum emensis sudoribus*, Const. 8 § 1, *De honorar. codicill.*, C. Th., VI, 22 ; cf. *a vigiliis atque laboribus*, Const. 4, *De primicer. et notar.*, C. Th., VI, 10 ; — *post emensum fideliter obsequium ; post* ou *postque deposita sacramenta militiæ*, Const. 1, *De decurion. et silentiar.*, C. Th., VI, 23 ; Const. 1, *De silentiar. et decurion. eor.*, C. Just., XII, 16 ; — *deposita militia*, Const. 13, *De proxim.*, C. Th., VI, 26 ; — *post depositum actum*, Const. 17 § 1, *eod.* ; — *post decursa stipendia*, Const. 14 § 2, *De privileg. eor.*, C. Th., VI, 35 ; Const. 184, *De decurion.*, C. Th., XII, 1 ; — *post emeritam militiam*, Const. 3, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4 ; — *inculpate complere suum officium*, Const. 1, *De Cæsarian.*, C. Th., X, 7 : — *post depositam administrationem*, Const. 3 pr., *Ubi senat.*, C. Just., III, 24 ; — *post depositas administrationes*, Const. 1, *eod.* ; — *post finitam militiam*, Const. 5, *De præpos. sacr. cubic.*, C. Just., XII, 5 ; — *post depositum officium*, Const. unic., *De mag. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 9 ; — *deponere militiam*, Const. unic., *De comit. et archiat. sacr. palat.*, C. Just., XII, 13 ; — *post militiam depositam*. Const. 5 *in fine*, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16 ; — *completo tempore suæ militiæ*, Const. 8, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19 ; — *post completam militiam*, Const. 9, *eod.* ; — *post emensam militiam*, Const. 4 § 1, *De castrensian.*, C. Just., XII, 26 ; — *obsequiis militiæ terminatis ; post depositum cingulum*, Const. 3, *De apparit. præf. præt.*, C. Just., XII, 53 ; — *peracto labore militiæ*, Const. 3, *De cohortal. princip.*, C. Just., XII, 58.

jusqu'alors appartenu sans partage, suivant leurs grades divers, aux soldats dont elle se composait, et dont allaient à leur tour,

---

activité (Const. 2, *Ut dign. ordo serv.*, C. Just.; Const. 9, *De metat. et epidem.*, C. Just., XII, 41), si bien que les titulaires ou fonctionnaires, atteints par une révocation ou frappés par jugement de déchéance ou de destitution, en étaient dépouillés, *discincti*. (Const. 5, *De divers. off.*, C. Just., XII, 60; cf. « *amissio cinguli* », Const. 7 pr. *in fine, De div. rescr.*, C. Just., I, 23; « *cinguli privatio* », Novell. XII, cap. 1.) Il put dès lors se prendre pour la dignité même, tout comme il avait exclusivement constitué autrefois la marque distinctive des soldats, et avait fréquemment été pris, par les auteurs latins, pour signifier la milice même, à l'instar du mot *cinctus* par lequel ils désignaient le *miles* : or, ce titre était acquis dans l'armée par la prise du *cingulum* et il était perdu par le fait de s'en dépouiller ou d'en être privé à titre de peine, *discinctus*. (Voy. P. Barral, *op. cit.*, v^is CINCTUS, CINGULUM et DISCINCTI ; A. Rich, *op. cit.*, v^is CINGULUM, 4, et DISCINCTUS, 3.) — Comme on le voit, il n'était point jusqu'à l'uniforme de l'armée dans les détails duquel on n'ait pénétré pour en faire l'apanage de la nouvelle milice. (Comp. *infra*, § 4, note 48.) Lampride nous apprend à ce sujet qu'Alexandre Sévère « *in animo habuit omnibus officiis genus vestium proprium dare, et omnibus dignitatibus, ut a vestitu dignoscerentur: et omnibus servis, ut in populo possent agnosci, ne quis seditiosus esset, simul ne servi ingenuis miscerentur.* » Et il ajoute : « *Sed hoc Ulpiano Pauloque displicuit, dicentibus plurimum rixarum fore si faciles essent homines ad injurias. Tum satis esse constituit ut equites Romani a senatoribus clavi qualitate discernerentur.* » (*Alex. Sev.*, 27.) Nouvelle preuve de l'heureuse influence de ces deux grands jurisconsultes à la cour de cet empereur (comp. *supra*, § 2, note 6), qui paraît, d'après son biographe, s'être beaucoup occupé des vêtements de ses sujets. (*Id.*, *eod.*, 33.)

De même encore, les qualifications spéciales aux subdivisions de l'armée n'échappèrent pas à l'emprunt, et la *legio*, comme la *cohors* et les *scholæ*, furent à leur tour appropriées à la *militia civilis*. (Comp., pour les *scholæ*, § 4, notes 65 et 71.) L'expression *militia cohortalis* en particulier devint d'un emploi journalier, et, bien que nous reconnaissions volontiers avec M. Serrigny (*op. cit.*, t. 1, p. 168, note 2) que le mot *cohors* n'ait pas le sens unique de troupe de soldats, mais « exprime aussi une réunion de personnes même privées qui accompagnent quelqu'un, par exemple les clients qui accompagnent un patron (V. Catul. 10, v. 13; 25, v. 1)», nous ne pouvons cependant nous empêcher de croire pleinement à une influence à nos yeux très-certaine, que le désir d'assimilation a dû exercer. Nous en dirons autant du mot *schola*, dont l'usage est si courant dans les textes, ainsi que du mot *agmen*, qui, sans doute, signifie bien au propre : foule, réunion, multitude, mais qui, appliqué aux soldats, revêt la signification d'armée en marche; nous sommes persuadé qu'on dut être heureux de trouver en lui une nouvelle occasion d'analogie; ce qui le prouve, c'est qu'il est très-souvent usité en notre sujet, dans le sens de corporation en activité. (*Ex. gr.*: Const. 13 § 2, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just.; comp. *infra*, § 4, notes 65, 66 et 71.) Semblablement, le mot *stipendium*, et plus généralement *stipendia* (temps ou années de service), émigre de l'armée et est transporté dans notre matière avec un sens identique (*ex. gr.* : Const. 14 § 2, *De privileg. eor.*, C. Th., VI, 35; Const. 184, *De decurion.*, C. Th., XII, 1 ; Const. 2, *De privileg. schol.*, C. Just., XII, 30), à l'instar du mot *missio*, congé militaire ou sortie de charge civile. (Const. 4, *De privileg. eor.*, C. Just., XII, 29.) Même observation encore, relativement au mot *tessera*, qui fonctionne aussi bien dans le domaine militaire que dans le domaine civil, où l'on distingue les *tesseræ missiles* (comp. *supra*, § 2, note 161, lettre *l*, p. 363) et les *tesseræ annonariæ*. (Voy. Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. I, n°s 53 et suiv.; comp. *infra*, § 4, notes

et comme de pair, se trouver investis, selon leur position hiérarchique, les pseudo-soldats du triple corps de la nouvelle armée (palatine, administrative, judiciaire) (35), de cette armée posti-

53 et 87.) — Enfin, si l'on passe des choses aux personnes, on retrouve encore les deux armées mises sur le même pied, et l'on rencontre dans l'une comme dans l'autre des *tyrones*, quelquefois appelés *juniores* (Gothof., *Ad Const.* 1, *De tyron.*, C. Th., VII, 13, éd. Ritter, t. 2, fol. 372 *in fine* et fol. *seq.*); de même que chacune d'elles possède ses *scholares* (voy. Amm. Marcell., XXV, 10, éd. 1693, p. 479, texte et notes *g* et *h*, de Lindenbrog et de de Valois; comp. Marquardt-Mommsen, *op. cit.*, t. 5, p. 589, et *infra*, § 4, notes 66 et 67), de même aussi toutes deux ont leurs recrues. (Voy. C. Th., VII, 13; Novell. Valentin. III, tit. VI; C. Just., XII, 44.) — Il y a plus; parfois l'identité d'expression existe complète, et telle locution qui est consacrée dans la *militia armata* est également devenue technique dans la *militia civilis;* ainsi, les mots *probare*, *probari*, *probatio*, sont employés techniquement dans les deux milices. (Voy. chap. II, § 2, note 47.) Ainsi encore, *depositum cingulum* s'applique au véritable militaire, tout comme au *miles inermis* (Const. 4, *De veteran.*, C. Just., XII, 47, *coll. cum* Const. 3 précitée, *De apparit. præf. præt.*); de même la locution *militiæ sacramenta sortiri* est employée ici comme là. (Const. 24, *De Jud.*, C. Th., XVI, 8; Const. 9, *De div. off.*, C. Just., XII, 60; Donell., *Opp.*, t. 7, col. 1258, 5.) Et pareillement, on dit aussi bien du soldat que du fonctionnaire « *complevit militiæ tempus.* » (L. 8 § 2, fr. Modest., *De excusat.*, D., XXVII, 1, *coll. cum* Const. 8, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just.)

(35) C'est ainsi, pour en citer quelques exemples bien frappants, que, de même que les légions avaient leurs *tribuni*, et les *scholæ* leurs *præpositi* ou *capita* (Amm. Marcell., XXV, 10, *dict. edit.*, p. 479 et notes *g* et *h* précitées; voy. *infra*, § 4, note 66) et leurs *tribuni*, de même la *militia civilis* eut les siens. (Voy., *ex. gr.*, en ce qui concerne les *notarii*, Const. 2, *De primicer. et secundicer.*, C. Just., XII, 7; cf. le titre *De comit. et trib. schol.*, C. Just., XII, 11. — Comp. aussi l'expression : *officiorum capita*, Const. 4, *De extraord. sive sordid. muner.*, C. Th., XI, 16; Const. 2, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19.) — Pareillement, nul n'ignore que chaque magistrat de province avait près de lui tout un personnel, tout un ensemble d'employés, inscrits sur un registre matricule (Const. 20, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4), dont la nomination et l'avancement dépendaient de l'Empereur (Constt. 1, 7, 21, 22, 23, *De div. off.*, C. Th,, VIII, 7; Const. 2, *De cohortal.*, C. Just., XII, 58), dont le rang était réglé par la loi, d'après l'ordre de leur promotion, en vertu du brevet impérial de leur nomination (Const. 1, *De div. off.*, C. Th.), et dont le nombre variait suivant l'importance du fonctionnaire. Ils composaient son *officium*, à la tête duquel se trouvait un chef de division, appelé *princeps officii* (Const. 7, *De off. rect. prov.*, C. Th., I, 16), chargé de la direction des bureaux (« *administrationis officium* », Const. 2 *in fine*, *De lucr. off.*, C. Th., VIII, 9) et de la surveillance des officiers. (« *Gubernare officia* », Const. 6, *De princip. agent. in reb.*, C. Th., VI, 28.) Ils étaient désignés par le nom générique d'*officiales*, terme d'origine militaire (*ex. gr.*, Spartian., *Caracal.*, 6 *in fine*), et se trouvaient, comme les employés ou officiers des grands dignitaires de l'administration centrale (voy. le § suivant), répartis en bureaux, *scrinia* (d'où la qualification de *scriniarii* donnée à ceux qui y travaillaient; C. Th., VIII, 1; C. Just., XII, 50), pour l'expédition et l'exécution des affaires administratives, judiciaires ou de juridiction gracieuse. Nous savons déjà que ces *officiales*, dont la rapacité nous est attestée par les textes (*ex gr.:* Const. 7, *De offic. rect. prov.*, C. Th.; Const. 4, *De numerar.*, C. Th., VIII, 1), et qui, malgré les privilèges dont ils jouissaient, nous sont représentés comme étant de vile condition (Const. 11, *De numerar.*, C. Th.), formaient une espèce

che (36) *, qui avait pour camps le palais de l'Empereur (37) ** et la

---

de milice, organisée à l'instar de l'armée. (Voy. *supra*, pp. 370 *in fine* et suiv., le passage de Loyseau.) Or, les membres de cette milice, et surtout les chefs, portaient diverses dénominations qui étaient précisément calquées sur les grades militaires : tels étaient ceux de *cohortales*, *cohortalini*, pour les employés des gouverneurs de provinces, dont les titres, suivant la qualité même des provinces (*majores*, *mediæ*, *minores*), différaient ainsi que les rangs, d'après un ancien usage. (*Proconsules*, — *consulares*, *correctores*, *rectores provinciarum*, — *præfecti*, *præsides*; *Notit. dignitat. Orient.*, capp. XVIII et XIX, et capp. XL et *seqq.*; *Occident.*, cap. XVII, et capp. XLI et *seqq.*; Const. 4, *De juris et facti ignor.*, C. Just., I, 18; Rub. tit. 16, lib. I, C. Th., et Rubb. tit. 40, lib. I, et tit. 2, lib. V, C. Just.; L. 1, fr. Macer, *De off. Præs.*, D., I, 18; cf. Suet., *Aug.*, 23; *Tib.*, 41; *Claud.*, 17; Lamprid., *Alex. Sev.*, 45; Const. 1, *Ut lite pendente*, C. Just., I, 21; etc..... On trouve même *judices*, depuis Dioclétien : voy. le titre précité du C. Th. — Comp. MM. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, p. 134, n° 149, et Naudet, *De la noblesse chez les Romains*, pp. 132 et suiv.) — Tels étaient encore, pour les chefs de bureaux des magistrats, ceux de *principes*, *cornicularii*, *primipilares*, *primipilarii* (C. Just., Rub. tit. 58, lib. XII) ou *primipili* (Const. 6, *De div. off.*, C. Th., et tit. 63, lib. XII, C. Just.), etc. (Voy., au C. Th. et au C. Just., les titres *De cohortalib.*, *princip.*, *cornic. et* [ou *ac*] *primipil.*, VIII, 4, et XII, 58. — Consulter le *Paratitlon* de Godefroy, sur le tit. du C. Th.) — Que si ces dénominations, bien qu'appartenant à l'organisation militaire (« *Hæc enim nomina de legionaria militia sumpta sunt* »; *Ps. Ascon.*, p. 179 *in fine*, Orell.), figuraient dans l'office du magistrat, cela tient à ce que celui-ci, sous les premiers empereurs, tirait ses agents des légions stationnées dans les provinces soumises à son gouvernement; il se forma, sans doute, par la suite, une nouvelle milice, exclusivement affectée au service des magistrats; mais on n'en conserva pas moins la même organisation, avec les mêmes noms et les mêmes grades que dans les cohortes. (Comp. § 4, note 16, I *in fine*.) Cela nous explique comment on trouvait maintenant les magistrats assistés de leur *princeps officii*, puis de leur *cornicularius* (Const. 32, *De erogat. milit. ann.*, C. Th., VII, 4), sorte de greffier en chef, ayant sous ses ordres un *præco* et d'autres employés, et ainsi appelé, selon Pancirole (*Notit. imp. Or.*, c. XI; cf. Cassiod., *Epist.*, XI, 36), parce qu'il se tenait dans un angle du *secretarium* pour écrire les décisions du juge. (Cf. Gothof., *Ad Const.* 10, *De cohortal.*, C. Th., éd. Ritter, t. 2, f° 506, *col. rect.*, où il critique Pancirole.) On le rencontrait autrefois jouant auprès des tribuns des légions le rôle d'officier en second ou d'adjudant. (Voy. Suet., *Domit.*, 17; Val. Max., VI, 1, 11.) Le *cornicularius* ne venant qu'après le *princeps officii* (Voy. Böcking, *Notit. dignit. in partib. Or.*, pp. 11, 14, 16; *in part. Occid.*, pp. 11, 14, 16), c'est évidemment à tort que M. de Boissieu (*Insc. ant. de Lyon*, p. 239) le regarde comme une sorte d'adjoint figurant en tête de l'*officium*, et dont le titre correspondait à celui du *princeps* de la cohorte militaire. (Comp. *Appendice*, I, I *sub fin.*) — Cela nous explique encore comment, après le *cornicularius*, venait un *primipilaris*, *primipilarius* ou *primipilus*, dénominations encore toutes militaires (Quint., *Inst. orat.*, VI, 3, 92; Suet., *Calig.*, 35 et 38; Senec., *De const. sap.*, 18; Cæs., *De bell. Gall.*, II, 25; Valer. Max., I, 6, 11; Veget., *Rei milit. inst.*, II, 8), mais ne désignant toujours ici qu'un emploi purement civil (voy., au C. Th. et au C. Just., les titres *De cohortalibus*; Gothof., *Ad h. tit.*, C. Th.; Pancir., *Notit. imp. Or.*, c. 21); cela nous explique enfin les dénominations d'*adjutor* (aide, dans l'armée, lieutenant, Vell. Paterc., II, 115), et de *subadjuva* (sous-aide), dont il est fait si fréquemment mention dans les codes et dans la *Notitia*, ainsi que d'autres analogues, comme par exemple celle d'*actuarii* ou d'*ab actis* (officiers rédacteurs des

* Voir note 36, page 382. — ** Voir note 37, page 382.

maison des Gouverneurs de provinces (38), les quatre grands bureaux de César (39) et le forum. Enfin, pour achever, en la complétant, l'analogie, au milieu d'une foule de prérogatives qu'elle se vit accorder (40), on fit bénéficier la *militia civilis* d'importants privilèges (*privilegia*) (41), dont jouissait avant elle la *militia*

---

contrats et des actes des particuliers, destinés à faire foi en justice, et jouant dans l'armée un rôle analogue à celui de nos intendants ; Ammian. Marcell., éd. J. Gronov., Lugd. Batav., 1693 ; XX, 5 *in fine*, p. 266, texte et note *p* de de Valois ; XXV, 10, p. 479, texte et note *f* de Lindenbrog ; Aurel. Vict., *De Cæsar.*, 33, éd. Panck., et note 82 du traducteur. — Consulter aussi sur eux les titres *De erogat. milit. annon.*, C. Th., VII, 4, et C. Just., XII, 38 ; les titres *De numerar.*, *actuar.*, etc., C. Th., VIII, 1 ; C. Just., XII, 50.) — Voy. sur tout ceci : MM. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, p. 164, n° 198, et pp. 167 et suiv., n°s 205 et suiv. ; Rich, *op. cit.*, v° ACTUARIUS ; Naudet, *Des révolutions de l'emp. rom.*, br., pp. 38 *in fine* et suiv. ; Daremberg et Saglio, *op. cit.*, v°s ADJUTOR, AB ACTIS et ACTUARII. — Comp. *infra*, § 4, note 86, et *Appendices*, I, I.

(36) Nos anciens interprètes l'appellent soit *militia quasi castrensis*, par opposition à la *militia castrensis* (voy. D. Gothof., *Ad const.* 14, *De advoc. div. judicior.*, C. Just., II, 7), soit *militia non accincta, palatina, civilis, inermis* (voy. Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 527 *in initio*, et Brisson, v° MILITIA). — Cf. l'expression bizarre *militia militaris* employée comme antithèse à *militia palatina* par Arcadius et Honorius. (Const. 19 pr., *De div. off.*, C. Th., VIII, 7.)

(37) Cette métaphore est ancienne. On la rencontre notamment dans Symmaque : « ..... *adversum leges ad* PALATINA CASTRA *transisset* .... » (*Ep.*, X, 51.)

(38) Que les officiers de la maison des gouverneurs de provinces aient été compris dans la *militia palatina*, on peut se l'expliquer très-facilement : ces hauts fonctionnaires n'étant que des représentants de l'Empereur, chef suprême de l'administration générale, on devait considérer la *militia*, au sommet de laquelle ils étaient placés, comme ne constituant qu'une sorte d'annexe et de prolongement de la *militia* qui fonctionnait dans le palais, comme n'en étant, en un mot, qu'un véritable démembrement. Le commandant civil de cette armée domestique n'était qu'un délégué (voy. *supra*, p. 372). Au-dessus de lui, se trouvait le général en chef, et par conséquent, lui-même n'avait sous ses ordres qu'une division, qu'un détachement de ce premier corps d'armée dite milice palatine. (Comp. le motif donné par Loyseau, passage cité pp. 370 *in fine* et suiv.)

(39) Voy. *infra*, § 4, note 63.

(40) Ils sont énumérés, pour la milice palatine, dans deux titres spéciaux du Code Théodosien et du Code de Justinien, sous la rubrique : *De privilegiis eorum, qui in sacro palatio militant.* (C. Th., VI, 35 ; C. Just., XII, 29. *Junge* le titre *De privilegiis scholarum*, C. Just., XII, 30, et *passim*, le livre XII de ce dernier recueil.) Au reste, une infinité de textes ayant trait à certaines corporations déterminées de la *militia civilis*, telles que celles des *agentes in rebus*, des *notarii*, et tant d'autres, sont disséminés dans ces deux vastes compilations, qui indiquent ou concèdent des prérogatives particulières. On peut consulter aussi à ce sujet la thèse de M. Duval, et la dissertation qu'il en a extraite pour l'insérer dans la *Nouvelle revue générale du droit*, 1877. — Nous nous bornons, dans ce travail, à développer les trois principaux privilèges dont la *militia civilis* fut gratifiée, savoir : la vénalité, l'hérédité et la possibilité d'acquérir un pécule *quasi castrense*.

(41) Le mot latin *privilegium* a, au point de vue juridique, deux sens parfaitement distincts : tantôt il signifie droit de préférence, tenant à la qualité du créancier ou

armata, et qu'on prit soin de calquer, soit quant à la forme, soit quant au fond, sur ceux de cette dernière (42). On peut donc dire

---

à la cause de la créance, et ne pouvant être opposé qu'aux créanciers chirographaires (L. 74, fr. Hermogen., *De jure dot.*, D., XXIII, 3; Const. 9, *Qui pot. in pig.*, C. Just., VIII, 18), tantôt, comme ici, bénéfices, faveurs, prérogatives. (C. Th., VI, 35; VIII, 3; X, 25; XIV, 2; C. Just., XI, 74; XII, 29 et 30.) Cette dernière signification n'est pas étrangère au langage littéraire. (Suet., *Cæs.*, 28 *in fine;* Spartian., *Sev.* 3.) — Comp. § 4, *passim.*

(42) Nous faisons tout particulièrement allusion ici aux deux privilèges résultant pour les militaires de la concession d'un pécule *castrense*, et de leur qualité de vétérans. Or, les fonctionnaires de la *militia civilis* acquirent à leur tour la possibilité d'avoir un pécule, qu'on nomma par analogie *quasi castrense* (voy. *infra*, appendice II). — Pareillement, après un certain nombre d'années d'exercice, essentiellement variable, *in palatina*, *forensi sive litterata militia*, les titulaires se voyaient octroyer des privilèges et immunités comparables à ceux dont jouissaient, au bout de vingt ans de service, les soldats vétérans (L. 8 § 2, fr. Modest., *De excusat.*, D., XXVII, 1; Const. 1, *De excusat. veteran.*, C. Just., V, 65; Const. 9, *Quando provoc. non est necess.*, C. Just., VII, 64; Const. 3, *De his qui non implet. stip.*, C. Just., X, 54; Const. 2, *De re milit.*, C. Just., XII, 36); c'est ce que nous apprend, au Code de Justinien, le titre 55 du livre X, auquel on peut joindre diverses constitutions du livre XII, *passim.* (Voy., en particulier, la Const. unic., *De mag. sacr. scrin.*, XII, 9; cf. Constt. 7 et 8, *De proxim.*, C. Th., VI, 26, et Const. unic., *De professor. qui in urbe Constantin.*, *eod.*, 15, où se retrouve ce même délai de vingt ans. Voy. Cujac., *ad h. constit.*, *Opp.*, t. 8, col. 359.) — Parfois, la récompense des services, qui consistait souvent dans la collation d'un titre honorifique supérieur à celui que l'on possédait à sa sortie de charge (*ex. gr.* Const. 3, *De princip. agent. in reb.*, C. Th , VI, 28), était subordonnée à un temps plus long d'exercice, par exemple à vingt-cinq ans. (*Ex. gr.* Const. 19, *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27; Const. 8 § 1, *De princip. agent. in reb.*, C. Th.; Const. 4, *eod tit.*, C. Just., XII, 21. — Comp. § 4, note 83.) D'autres fois, au contraire, on se contentait d'un délai plus bref, par ex. de trois ans, pour accorder une faveur ou une exemption. (Const. 2, *De agent. in reb.*, C. Th.) Il résulte de là une impossibilité complète de fixer *a priori* et d'une façon absolue, pour tous les fonctionnaires, au bout de combien de temps de service ils avaient droit aux privilèges et aux immunités dont nous parlons; tout dépendait, en effet, de la nature de la *militia*, de la qualité et du grade du titulaire, et aussi du genre de la concession à faire, ou du nombre des prérogatives à accorder. Nous répéterons d'ailleurs ici l'observation que nous avons présentée note 40, *supra :* c'est qu'une multitude de constitutions, éparpillées dans le Code Théodosien et dans celui de Justinien, ont trait à cet objet, et il est clair qu'on ne peut en présenter la substance dans une formule synthétique. — Comp. § 4, note 88. — Observons, en terminant, qu'il faut se garder de donner à la formule énoncée au texte une portée trop générale. Nous n'entendons nullement exprimer par là que tous les privilèges accordés aux soldats furent concédés aux *milites civiles*. Il en est bon nombre, en effet, que jamais ceux-ci ne se virent octroyer; telles sont, notamment, les prérogatives dont fut entouré le *testamentum militis* (Dig., XXIX, 1; C. Just., VI, 21; Inst., II, 11) et qui ne furent pas étendues aux fonctionnaires civils. — Nous verrons dans notre second appendice que, relativement au *peculium quasi castrense*, les testateurs *filiifamilias* jouissaient simplement du double bénéfice de pouvoir disposer de leurs *bona quasi castrensia*, mais cela *jure communi*, et de faire un acte qui demeurait à l'abri de la *querela inofficiosi testamenti.*

d'un trait que la *militia civilis* servait comme de miroir à la *militia armata* et reflétait jusqu'aux plus menus détails d'organisation de cette dernière.

Après avoir ainsi donné le sens de certaines expressions fréquemment employées dans les textes que nous aurons à citer, bornons ici notre incursion dans le domaine de la philologie, et répétons avec Loyseau : « C'est assez faire le Grammairien.... « il faut desormais, suivant ma profession, faire le Jurisconsulte « au reste de cet œuvre, duquel, puisque les preparatifs sont « achevez, il est tems d'en commencer l'ouvrage..... » (43)

§ 4. — *Epoque de l'apparition et du développement des* MILITIÆ VENALES. — *De la centralisation administrative au Bas-Empire.* — *Idée générale et notion sommaire du fonctionarisme impérial.* — DIGNITATES ; *leur division en civiles et militaires.* — *Titres honorifiques.* — *Hiérarchie.* — *Différentes sortes de titulaires.* — OFFICIA, SCRINIA, SCHOLÆ.

Si l'état actuel des documents ne nous permet pas de fixer avec précision l'époque à laquelle apparaît dans l'histoire romaine la dénomination de *Militia*, non plus que celle à laquelle fut introduite la fonction ou charge civile que ce nom sert à désigner, du moins pouvons-nous affirmer sans témérité que l'institution ne procède pas seulement du Bas-Empire, et que les *Militiæ* sont d'une origine bien antérieure. Nous possédons en effet au Digeste, des textes de Celse (1), de Scævola (2), de Paul (3) et d'Ulpien (4), que nous retrouverons chemin faisant, et qui prouvent que, du temps des grands jurisconsultes, les milices avaient déjà reçu une sorte d'organisation légale, comme nous le verrons au début du § 1 de notre chapitre II, et qu'elles offraient un caractère juri-

(43) *Op. cit.*, liv. I, chap. II, n° 1.

(1) L. 22, *De leg.* II, D., XXXI.

(2) L. 52 § 2, *De act. empt. et vend.*, D., XIX, 1 ; L. 102 §§ 2 et 3, *De leg.* III, D., XXXII ; L. 18 § 2, *De alim. vel cibar. legat.*, D., XXXIV, 1.

(3) L. 49 § 1, *De leg.* II, D.

(4) L. 3 § 7, *De minor.*, D., IV, 4 ; L. 11 § 16, *De leg.* III, D.

dique, puisqu'elles nous sont présentées comme susceptibles d'être vendues et achetées (5) et d'être transmises héréditairement et léguées (6). Ajoutons qu'Ulpien, en parlant de *militia armata*, dans deux textes cités plus haut (§ 3, note 22), éveille dans l'esprit l'idée d'une antithèse, et indique clairement qu'il existait un autre genre de *militia* (7).

C'est toutefois du règne de Constantin (306-337), par conséquent de la première moitié du IVe siècle, que datent l'extension et l'importance des milices (8). Devenu le maître du monde par la proclamation de ses soldats, cet empereur s'empressa de poser les bases d'une réorganisation complète, dont Dioclétien avait jeté les premiers fondements, et il comprit, parmi les réformes qu'il entreprit dans toutes les parties de l'Empire, l'institution de nom-

---

(5) *Vendere, venumdare, emere, comparare militiam.* Voy. les lois citées notes 1 et 2. Comp. les renvois de la note 62, *infra*.

(6) *Relinquere, legare militiam.* Voy. les lois citées notes 1, 2, 3 et 4. Comp. les renvois de la note 62, *infra*.

(7) Une semblable conclusion ne saurait, sans erreur, être tirée d'une manière absolue d'un passage du plaidoyer *Pro Murena*, dans lequel Cicéron parle d'*urbana militia*, en ce sens qu'il ne faudrait nullement s'appuyer sur ce texte, pour en induire que, déjà sous la République, la *militia civilis* existait à l'état d'institution juridique, telle du moins qu'on la trouve au Bas-Empire lorsqu'elle a reçu sa forme définitive. C'est qu'en effet, Cicéron s'occupe d'un tout autre sujet que du nôtre, auquel du reste il lui eût été difficile de songer en l'an 691 de Rome fondée. Faisant un parallèle entre les carrières suivies par ses deux amis, l'accusateur Servius Sulpicius Galba et l'accusé L. Licinius Murena, son client, il établit une heureuse et très-habile opposition entre la vie civile, à laquelle se livra avec lui le compétiteur de Murena, et le métier des armes, exercé par ce dernier (comp. D. Gothof., *Ad Constit.* 14, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7) ; et du célèbre jurisconsulte il dit : « *Servius hic nobiscum hanc* URBANAM MILITIAM *respondendi, scribendi, cavendi, plenam sollicitudinis ac stomachi, secutus est...* » Puis, passant au guerrier Murena, il ajoute : « *Quid Murena interea? Fortissimo et sapientissimo viro, summo imperatori, legatus L. Lucullo fuit....* » (*Pro Murena*, 9.) On le voit ; il ne s'agit ici que d'une antithèse purement littéraire, œuvre d'un orateur et d'un avocat, et non du tout d'une opposition émanée d'un jurisconsulte entre deux institutions juridiques parallèles. La suite du discours, dans laquelle le défenseur fait un magnifique éloge de la vie des camps et un portrait peu séduisant des jurisconsultes, dont il se moque plaisamment pour les besoins de la cause, l'établit au surplus d'une manière préremptoire.

(8) Au dire d'Aurelius Victor, dans un texte auquel nous avons déjà renvoyé à différentes reprises (voy. *Introd. gén.*, note 22, p. 11, et *Dr. rom.*, § 2, note 6, p. 266), Constantin ne fit subir que de légers changements aux fonctions publiques qu'Hadrien avait soumises à des formes nouvelles qui subsistaient encore du temps de cet historien, et par conséqent à la fin du quatrième siècle. « *Officia sane publica, et palatina, nec non militiæ, in eam formam statuit* (Hadrianus), *quæ, paucis per Constantinum*

breuses dignités inconnues jusqu'à lui. Il n'est pas douteux que ces innovations, jointes à la création d'une noblesse nouvelle et de charges élevées dont il s'entoura, à la multiplication des fonctionnaires subalternes (*palatini*) (9) qui s'agitaient autour de lui, comme gravite un monde autour de son astre (10), durent exercer une influence prépondérante sur le développement des *militiæ*. Aussi regardons-nous comme utile de retracer brièvement, en tant qu'elles ont trait à l'administration (11), l'aspect des institutions romaines à cette époque de décrépitude sociale et de démoralisation publique (12); nous arriverons par là, mieux que par toute autre voie, à nous faire une idée exacte de ce fonctionarisme outré (13) dans lequel nous avons à pénétrer et qui couvrait la société d'alors comme d'une lèpre mortelle sans doute, mais dont malheureusement aussi la nécessité délétère s'impo-

---

immutatis, hodie perseverant. » (*Epit.*, XIV *in fine.*) C'est pourquoi, malgré les quelques doutes que l'abréviateur de la biographie des Césars peut éveiller sur la parfaite exactitude de son récit, il n'est question au texte que d'extension et non d'innovation absolue. (Consulter sur le texte précité, et sur la réorganisation administrative d'Hadrien : MM. Naudet, *Des révolutions de l'empire romain*, br., 1875, pp. 38 *in fine* et suiv. ; Duruy, *op. cit.*, t. 4, pp. 382 et suiv.) Il est, du reste, d'une extrême difficulté, pour l'historien moderne, de faire la part exacte qui, dans les changements de l'empire romain, revient à Dioclétien et à Constantin. La vérité nous paraît être dans cette formule très-vague que Constantin ne fit qu'achever l'œuvre préparée par son prédécesseur. Ne pouvant entrer dans les détails, relativement aux réformes et innovations qui se rattachent au règne de Dioclétien, qu'un de ses plus implacables ennemis, Lactance, accuse d'avoir multiplié à l'excès les magistratures et les offices (Voy. M. Naudet, *op. cit.*, pp. 34 et suiv.), et à celui de Constantin, nous renverrons, d'une manière générale, aux autorités suivantes : Gibbon, *Hist. de la décadence et de la chute de l'emp. rom.* ; Preuss, *L'empereur Dioclétien et son époque* (en allem.), Leipzig, 1869; Le Beau, *Hist. du Bas-Empire* ; Tillemont, *Hist. des empereurs* ; Naudet, *Des changemens opérés dans toutes les parties de l'administration de l'empire romain, sous les règnes de Dioclétien, de Constantin, etc.*

(9) Voy., sur ce terme général, note 88, *infra*.

(10) « *Ornata est Augusta domus* », peut-on à bon droit répéter avec le poète. (Corripp. African., *De laudib. Justin. min.*, III, v. 157.) Comp. Etienne Pasquier, *Les Recherches de la France*, liv. I, chap. VII ; Paris, in-fol., 1665, f° 21, D. (Voy. *infra*, note 15.)

(11) On trouvera des détails sur l'administration de l'Empire l'exposé le plus substantiel, le plus complet et le plus clair, dans le t. 3 de l'ouvrage de M. Bethmann-Hollweg, *Der römische civilprocess*, Berlin, 1866.

(12) Voy. sur ce sujet : MM. Walter, *op. cit.*, t. 1, §§ 401 à 403 inclus, et Maynz, *op. cit.*, t. 1, pp. 309 et suiv.

(13) Voy. *infra*, note 16.

sait : n'avait-on pas à nourrir cette populace famélique et oisive qui osait encore s'appeler le peuple romain (14) ? Et s'il est vrai que le fléau devait un jour puissamment contribuer a étouffer toute cette plèbe (15), dont le génie à jamais éclipsé s'était énervé au contact de l'Orient, il n'en demeure pas moins établi que l'Empire trouvait dans le développement du personnel administratif, et dans la création ou l'augmentation du nombre de fonctionnaires d'Etat salariés (16), une ressource féconde à l'aide de laquelle il

---

(14) Ce motif permet d'expliquer rationnellement la progression effrayante, au Bas-Empire, du nombre des fonctionnaires salariés de l'Etat. Voy. *infra*, note 16.

(15) Etienne Pasquier (*loc. cit.*, note 10 *supra*), recherchant les causes de « l'acheminement » de l'Empire vers sa ruine, compte parmi elles, avec « les changemens des Estats, et offices anciens en nouveaux, la multiplication d'iceux qui se firent à la foule et oppression du peuple sous Constantin et Théodose. » Alexandre Sévère avait été beaucoup plus sage et mieux inspiré ; il s'était gardé, avec raison, de féconder le champ, toujours trop fertile, des emplois publics. (Lamprid., *Alex. Sev.*, 15.)

(16) Voy. M. Duruy, *op. cit.*, t. 5, pp. 266 et suiv. — Nous avons dit ci-dessus (§ 1, note 4), avec preuves à l'appui, que, sous la République, le nombre des fonctions publiques était considérable. Nous devons compléter ici cette notion par trois observations essentielles, desquelles vont ressortir trois différences profondes, au point de vue de la matière qui nous occupe, entre le gouvernement républicain de Rome et le régime impérial.

I. — C'est d'abord que la République n'aimait pas à multiplier les fonctions d'Etat, et que, si on la compare à l'Empire, elle n'avait qu'un nombre fort restreint d'administrateurs temporaires ; en un mot, Rome républicaine gouvernait, mais n'administrait pas, sinon ses propres affaires.

Toute autre fut Rome impériale, non pas sans doute au début de l'Empire ; car longtemps, les fonctionnaires d'Etat furent peu nombreux ; mais nous savons que si, au premier siècle de l'ère impériale, on répugnait à la pensée de constituer un grand corps administratif, peu à peu les serviteurs du prince devinrent des fonctionnaires publics ; les bureaux (*officia*) se multiplièrent, et la centralisation administrative commença. Comme le dit avec justesse M. Duruy (*Hist. des Romains, ubi supra*, p. 267) : « Ce fut comme un empire nouveau qui reçut de Dioclétien son vrai caractère, mais qui avait son principe dans le principe même de l'empire. » Et de fait, de quelque côté qu'on tourne les regards, le nombre des fonctionnaires est, pour ainsi dire, incalculable. Nous nous étonnons aujourd'hui de la multiplicité des agents de nos administrations et des sommes énormes qu'ils absorbent. Les doléances à cet égard ont eu, à bien des reprises, des échos dans nos assemblées politiques. (Voy. notamment, *Compte rendu analytique de la séance du Corps législatif, le 21 janvier 1870*, passage cité par M. Littré, *Dict.*, ADDITIONS ET CORRECTIONS, mot FONCTIONARISME.) Malgré toutes les critiques dont notre système peut être l'objet, et auxquelles nous nous associons dans ce qu'elles ont de fondé, surtout en ce qui concerne les frais dont se trouve annuellement grevé le budget au profit d'employés absolument superflus et inactifs, qu'on ne devrait guère plus tolérer que jadis Alexandre Sévère ne souffrait les inutilités (Lamprid., *Alex. Sev.*, 15), on est involontairement porté à devenir plus indulgent, quand on songe que tout notre personnel administratif réuni n'aurait

payait une sorte de liste civile à ce peuple découronné, trop ou-

---

pas même formé une compagnie de l'armée des fonctionnaires romains ! Sans parler du service des postes (voy. *supra*, § 2, note 17, p. 283), de celui des eaux de Rome institué par Agrippa, qui créa toute une *familia* de deux cent quarante *aquarii*, devenus, à sa mort, des fonctionnaires publics (*familia publica*), service développé par Claude qui établit à son tour une autre *familia* de quatre cent soixante hommes (*familia Cæsarea*), et duquel dépendait, vers la fin de l'Empire, un vaste *officium* (voy. sur tout ceci : Frontin., *De aquæd.*, *passim ;* MM. Dareste, *Des contrats passés par l'Etat*, thèse pour le doctorat, présentée à la Faculté de droit de Paris le 23 juin 1875, p. 94 ; G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, v° AQUARII, I); sans parler non plus des agents spéciaux et permanents chargés de la perception des impôts nouveaux, du vingtième sur toutes les successions et les affranchissements, et du quarantième sur les entrées (voy. Orelli-Henzen, *Index*, VII, p. 115, v° PROCURATORES), etc., agents dont le ressort comprenait souvent plusieurs provinces (*ex gr.* Orelli, n° 798), ni de tant d'autres préposés à des administrations particulières ; sans parler de tous ces faits qui, dans leur ensemble, légitimeraient déjà notre assertion, nous dirons que celle-ci ne paraîtra pas exagérée, si l'on prend soin de consulter la *Notitia dignitatum*, et si l'on veut bien se rappeler que, sous Théodose Ier et ses fils, le proconsul d'Afrique avait quatre cents employés, et que l'on en comptait jusqu'à six cents dans les bureaux du *Comes Orientis*. (Const. 6, *De offic. proc. et leg.*, C. Th., I, 12 ; Const. unic., *De off. comit. Or.*, C. Th., I, 13 ; voy. aussi C. Just., XII, 56 et 57.) Elle sera fortifiée par le témoignage de Jean Lydus (*De magist.*, III, 66), au rapport duquel le préfet d'Orient, avant la réduction opérée par Justinien, avait plus de mille *exceptores*. (Consulter : MM. Guizot, *Hist. de la civilis. en France*, 14e éd., t. 1, pp. 44 et suiv.; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 4e éd., t. 1, p. 313, note 39. — Comp. *supra*, § 2, note 6, et § 3, note 35, et *infra*, note 71.) Et quand nous disons que, quelle que soit la branche d'administration que l'on considère, on arrive toujours à des chiffres considérables, il nous est facile d'en fournir une preuve entre beaucoup d'autres. Ainsi, on sait que, sous l'Empire, les mines de l'Etat appartenant au fisc furent placées, dans tous les cas, c'est-à-dire qu'elles fussent l'objet d'une exploitation directe ou d'une location, sous la haute direction d'un *procurator Cæsaris*, chevalier romain, ou affranchi de l'Empereur ; or, les inscriptions mentionnent comme lui étant adjoints : un *subprocurator*, un *commentariensis* (secrétaire), un *tabularius* (comptable), un *dispensator* (intendant), un *arcarius* (caissier), pour ne citer que les chefs des différents emplois, qui étaient évidemment secondés par une foule de subalternes. (Voy. M. Flach, *La table de bronze d'Aljustrel*, n° 10 bis, dans la *Nouv. rev. hist.*, 1878, p. 274 ; comp. Hirschfeld, *Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Verwaltungsgeschichte*, I, pp. 84-85, note ; Berlin 1876. — D'après M. Flach, *op. cit.*, n° 46, *ubi supra*, pp. 667 *in fine* et suiv., tous les employés des bureaux et de l'exploitation minière formaient un *officium ; Lex metall. Vipascens.*, *lin.* 23 *in fine ;* cf. Hübner, *Ephem. epigr.*, vol. III, fasc. 3, p. 177.) — Observons, avant d'en terminer avec cette première différence, que les fonctionnaires dont l'origine se place au commencement de l'Empire, notamment ceux qui sont attachés aux finances impériales, sont désignés par les noms de *rationales*, *procuratores*, *curatores*, *actores*, *magistri*, *præpositi ;* tandis que les fonctionnaires moins anciens, à la création desquels la cohorte prétorienne avait servi de patron, trahissent leur origine par des dénominations empruntées à l'ordre militaire. Les employés s'appellent *principes*, *cornicularii*, *adjutores* (Ps. Ascon., p. 179 *in fine*, Orelli ; Lactant., *De mort. persecut.*, 32 ; J. Lydus, *De mag.*, III, 2 ; comp. § 3, notes 27 et 35, et *infra*, note 63, *in initio*) ; nous savons que les offices sont qualifiés de *militiæ ;* ajoutons que la force publique est désignée par

blieux de son antique valeur pour songer même à se ranimer,

---

le terme *manus militaris*, lors bien que les agents qui l'exercent appartiennent à l'ordre civil. (L. 68, fr. Ulp., *De rei vindic.*, D., VI, 1, et L. 3 pr., fr. Ulp., *Ne vis fiat*, D., XLIII, 4 *coll. cum* Const. 1, *De off. militar. judic.*, C. Just., I, 46.) — Voy. sur ce qui précède, M. Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 254, n° 154 *in fine*.

II. — Une seconde différence a trait à l'idée suivante : tandis que le principe républicain avait été la gratuité des fonctions publiques (celles-ci constituant alors des honneurs et non des professions), sauf l'indemnité due au magistrat, pour les dépenses par lui faites dans l'intérêt de l'Etat, le principe du gouvernement impérial fut au contraire la rémunération, au moyen d'un traitement annuel, des services rendus par le fonctionnaire. (Voy. Mommsen, *Handb.*, t. 1, pp. 280 et suiv.; c'est évidemment à tort que de Beaufort, *La Républ. rom.*, 1766, I, pp. 428-430, a, pour la période républicaine, soutenu une opinion contraire à celle que nous émettons.) Ici comme dans bien d'autres cas, le nom d'Auguste apparaît tout d'abord : inaugurant le système des rémunérations, il accorda un salaire aux agents comptables. Par la suite, tous les fonctionnaires obtinrent des traitements fixes, *salaria, commoda, mercedes*, *cibaria*. (Tacit., *loc. infr. cit.;* Frontin, *De aq.*, 118; Dio Cass., LII, 25; LIII, 15; LXXVIII, 22. Néron donna même, au rapport de son biographe, *annua salaria* aux sénateurs pauvres; Suet., *Nero*, 10.) — Les traitements étaient fort élevés, puisque l'on en rencontre de 60.000, 100.000, 200.000, 300.000 sesterces au profit de *procuratores*, ce qui valait à ceux qui les touchaient les dénominations de *sexagenarius, centenarius, ducenarius, trecenarius* (voy. Orelli, n° 946 et note 1), et que les proconsuls percevaient une indemnité (« *salarium... proconsulari solitum* »; Tacit., *Agricol.*, 42) qu'on peut évaluer à un million de sesterces — (d'après Dio Cassius, LXXVIII, 22, le traitement du proconsul d'Egypte s'élevait, sous Macrin, à 250.000 drachmes), — non compris des frais de route et des allocations de diverses sortes, non plus que le *frumentum in cellam*, c'est-à-dire le blé dont le gouverneur avait besoin pour sa maison. (Ses lieutenants, le questeur, la cohorte prétorienne avec les assesseurs, recevaient également des *cibaria* — Cic., *In Verrem*, act. II, lib. I, 14, 36, — ou le *congiarium* et le *salarium*, représentés à l'origine par le vin et le sel : Fronto, *Ad Ant.*, I, 2; Plin., *Hist. nat.*, XXXI, 7 [41]; cf. L. 4, fr. Papin., *De offic. adsess.*, D., I, 22; voy. *infra* pp. 407 *in fine* et suiv.) Ce qui rendait ces appointements plus onéreux encore pour le trésor et les provinces, sur qui pesaient les énormes salaires des *apparitores*, et ce qui contribua surtout à obérer et à écraser les finances du Bas-Empire, ce fut la multiplicité même des fonctionnaires qui en devaient bénéficier, et qui augmentèrent dans des proportions vraiment inouïes, à ce point que, comme nous l'avons vu (§ 2, note 6, pp. 265 *in fine* et suiv.), on en vint à payer les membres du conseil impérial. Il en fut d'ailleurs ainsi des conseillers (*consiliarii, comites, adsessores*) choisis parmi les *juris studiosi* — (voy., au Digeste, le titre *De offic. adsess.*, I, 22, et au C. Just. le titre *De adsessor.*, I, 51; *junge :* L. 9 § 3, fr. Ulp., *Quod met. caus.*, D., IV, 2; L. 29 pr., fr. Celsus, *De legat. II*, D., XXXI; L. 8, fr. Ulp., *De manum. vind.*, D., XL, 2; L. 4, fr. Paul., *De extraord. cognit.*, D., L, 13), — dont les constitutions prescrivirent aux magistrats et aux fonctionnaires ayant juridiction de s'entourer. (Les hauts fonctionnaires eurent parfois pour assesseurs d'éminents jurisconsultes : tels furent Papinien, Paul et Ulpien; Spartian., *Pescenn.*, 7; L. 3 § 3, fr. Papin., *De usur.*, D., XXII, 1; L. 40, fr. Paul., *De reb. cred.*, D. XII, 1.) Ces assesseurs reçurent d'abord un salaire du magistrat qui les employait, ou du fonctionnaire qu'ils servaient (L. 4, fr. Papin., *De off. adsess.*, D.; L. 19 § 10, fr. Ulp., *Loc. cond.*, D., XIX, 2; LL. 1 § 8, fr. Ulp., et 4, fr. Paul., *De extraordin. cognit.*, D., L, 13), et ils finirent par obtenir des traitements fixes de l'Etat. (Spartian., *Pescenn.*, *eod.*; Lamprid., *Alex. Sev.*, 46; L. 32 *in fine*,

mais devenu assez insouciant de sa dignité pour se prosterner devant une divinité terrestre (17).

---

fr. Modestin., *Ex quibus caus. maj.*, D., IV, 6.)— Comp. § 2, note 6 *in fine*, p. 272.— La haute administration procurait aussi de gros salaires : ainsi l'on sait que Zoticus de Philadelphie, préfet du prétoire, et compatriote de Jean Lydus (Ἰωάννης Λαυρέντιος Φιλαδελφεὺς ὁ Λυδός), le fit admettre parmi les ταχυγράφοι, secrétaires, de la préfecture : or, c'était là une place fort lucrative, puisque Lydus réalisa en une année et honnêtement, σωφρόνως, un bénéfice de mille sous d'or, c'est-à-dire de plus de quinze mille francs. (Voy. J. Lydus, *De mag.*, traité dans lequel l'auteur nous fournit des renseignements assez nombreux sur lui-même, et *Nouv. biog. gén.*, t. 32, nom LYDUS, coll. 388 et suiv.)— Cette seconde différence générale en engendra une autre subsidiaire. Il ne faudrait pas croire que la gratuité républicaine des fonctions publiques fût pour ceux qui en étaient revêtus un obstacle absolu à l'enrichissement; si on ne faisait pas fortune, sans doute, avec les deniers de l'Etat, on avait recours aux exactions sur lesquelles le Sénat fermait les yeux ; les plus honnêtes gens s'y livraient, témoin Cicéron lui-même qui, durant son gouvernement de Cilicie, province ruinée pourtant, put, *salvis legibus*, réaliser en douze mois une économie de 2.200.000 sesterces, ainsi qu'il nous l'apprend dans une lettre fort curieuse à Rufus, où l'on voit qu'il ne profita pas d'ailleurs de cette somme par lui déposée à Ephèse, entre les mains des publicains, parce que Pompée l'enleva. (Cic., *Ad famil.*, V, 20, *in fine*.) Sous l'Empire, au contraire, on poursuivit sévèrement les concussionnaires, le prince ayant grand intérêt à ce que les sujets ne fussent point pressurés.

III. — Enfin, en ce qui concerne la durée des charges publiques, une dernière différence est à signaler. Elle tient à que, sous la République, les fonctions ne constituant qu'un mandat temporaire, cessaient au bout du temps légalement assigné à son exécution (voy. § 1, p. 212), au lieu que, sous l'Empire, tous les offices qui relevaient directement du prince, n'avaient d'autre terme légal que sa volonté. Il convient cependant de faire exception pour les légations impériales, qui ne duraient en moyenne que trois ou cinq ans. (Voy. *ex. gr.* Spartian., *Pescenn.*, 7. — Consulter au surplus M. L. Renier, *Mél. d'épig.*, p. 124.)

Remarquons en terminant que ce qui met bien en relief la divergence des deux gouvernements, républicain et impérial, touchant les points par nous signalés dans nos deux dernières observations, c'est la dualité des systèmes que l'on rencontre sous l'Empire, relativement aux *magistratus populi romani*, et aux agents du prince. Ainsi, toutes les anciennes charges républicaines qui avaient été conservées continuèrent à être gratuites et annuelles, mis à part le consulat, devenu trimestriel ou bimensuel. Mais on sait qu'elles n'augmentèrent pas, tandis que les offices impériaux s'accrurent à l'infini. (Voir M. Duruy, *op. et loc. citt.* au début de cette note.)

(17) On ne se borna pas à prodiguer aux empereurs des témoignages de satisfaction et de reconnaissance et on ne se contenta pas de les appeler de tous ces titres pompeux et vains dont sont remplis les recueils d'inscriptions. (Voy. notamment Orelli-Henzen, *passim*.) On alla jusqu'à les diviniser ; le *prænomen* d'*Augustus*, que nous avons vu conférer à Octave en l'an 27 (voy. *supra* § 2, note 19, 2°), fut le premier pas vers la déification, et nul n'ignore que, suivant en cela la destinée du *cognomen* de *Cæsar*, il devint héréditaire et passa avec la couronne à tous les successeurs du fondateur du trône impérial. Dès l'époque de Caligula, le prince fut appelé du nom de *Divinité* (Dio Cass., LI, 20 ; LIX, 27 ; cf. Tacit., *Ann.*, I, 10 ; IV, 37), et, sous les Flaviens (consulter à leur égard la savante étude de M. Joguet), cette forme de langage devint habituelle. (Dio Cass., LXVIII, 13.) Aussi ne doit-on pas s'étonner de lire dans la loi municipale de Salpensa (capp. XXV et XXVI ; M. Giraud, *Nor. Enchir.*, pp. 629 et suiv.)

Le caractère distinctif du Bas-Empire se résume tout entier dans l'idée prédominante de centralisation. Dans aucun temps peut-être, on ne sentit plus impérieusement le besoin de relier les

---

qu'après avoir juré *per Jovem* on jurait *per divom Augustum et divom Claudium et divom Vespasianum Aug. et divom Titum Aug. et genium imperatoris Cæsaris Domitiani Aug. deosque Penates.* De même, chacun sait que, sous les Antonins, Pline le Jeune écrivait à Trajan : *Tua pietas* (*Epist.*, X, 1), ou même *Æternitas tua.* (*Ex. gr. Epist.*, X, 50, 67, 87; cf. 113 *in fine.*) « *Prœterea* », peut-on répéter après cet auteur (*Paneg. Traj.*, 55), « *ut quisque factus est princeps, extemplo fama ejus incertum bona an mala, ceterum æterna est.* » Voilà pourquoi furent édifiés à Rome, comme dans les provinces, des temples en l'honneur des Césars (Tacit., *Ann.*, I, 78; IV, 15 et 37; Dio Cass., LVII, 9; LX, 5; Censorinus, *De die natali*, XV), et telle fut aussi la cause pour laquelle des prêtres spéciaux furent préposés à leur culte. (Voy. MM. G. Boissier, *La relig. rom. d'Auguste aux Antonins*, liv. I, chap. II, et Fustel de Coulanges, *Hist. des instit. politiq. de l'ancienne France*, liv. II, chap. II. — Consulter, sur ces différents points, M. le baron Desazars, *op. et loc. citt.*, pp. 463 *in fine* et suiv.) Il y a plus : les provinces consacraient aux empereurs, de leur vivant même, des temples, des prêtres et des jeux publics. (Dio Cass., LI, 20; Suet., *Aug.*, 59; Tacit., *Ann.*, IV, 37, 55. — Cf. Böckh, *C. I. Gr.*, I, nº 478; II, 2696, 3524, 3569; III, 4039; Dirksen, *Des devoirs de piété à l'égard de la personne de l'empereur régnant*, dans ses *Hinterl. Schrift.*, II, 277-300.) On conçoit dès lors aisément que le Sénat ait décrété, en faveur au moins des bons princes, après leur mort, des honneurs divins dans tout l'Empire avec le prénom de *divus.* (Dio Cass., LI, 20; Tacit., *Ann.*, XV, 47; Tertull., *Apol.*, 5.) De là le collège des *Sodales Augustales* (Dio Cass., LVIII, 12; Tacit., *Ann.*, III, 64) et les *municipia.* (Voy. Marquardt, IV, 423-433; G. Boissier, *Apothéose impériale*, dans la *Revue des Deux-Mondes*, 1871, liv. du 1er mai, pp. 60-87; le même dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, vº APOTHEOSIS; Willems, *op. cit.*, p. 307.) — Sous le Bas-Empire, cet apogée des grands mots et des petites choses, on voit l'Empereur *s'élever à mesure que le niveau s'abaisse*, selon l'heureuse expression de Chaix-d'Est-Ange, et épargner aux adulateurs le soin de le diviniser; lui-même se charge de se donner cet absurde témoignage d'orgueil ou de folie, qui doit maintenant lui sembler d'autant plus naturel, et auquel il doit attacher une foi d'autant plus vive, que les siècles, en consacrant la pérennité de cette ridicule apothéose, en ont fait une sorte de symbole populaire. Ainsi, l'histoire nous montre Dioclétien se retirant à Nicomédie, s'y enfermant dans un palais, et se qualifiant sans scrupule d'*Eternité.* Ainsi encore, les constitutions impériales regorgent de locutions qui témoignent, de la part de leurs auteurs, d'une merveilleuse générosité dans l'art d'encenser leurs œuvres et leurs personnes. Tout ce qui les approche, tout ce qui les entoure, tout ce qu'ils fréquentent, tout ce qui émane d'eux, tout ce qui leur appartient, est *divale*, *divinum*, *cœleste* (d'où l'adverbe fréquent *cœlitus*), *sacrum*, *sacratissimum*, *sanctum*, *pium.* (*Ex. gr.* : Constt. 1 et 2, *De castrensian.*, C. Th., VI, 32; Orelli, nºs 3158, 3161; Const. 3 *in fine*, *Unde vi*, C. Th., IV, 22.) Jusqu'à l'écurie du prince qui est également sacrée ! (« *Sacrum stabulum* », dit la Const. unic., *De comit. et trib. schol.*, C. Th., VI, 13, et répète la Const. unic., C. Just., *eod. tit.*, XII, 11; voir aussi une inscription de Rome, Orelli, nº 1134.) Aussi est-il coupable de sacrilège celui qui transgresse les *divina præcepta.* (Voy. *infra*, note 31.) L'impératrice est appelée soit *venerabilis* ou *sacratissima Augusta* (*ex. gr.* : Const. 3, *De præpos. sacr. cubic.*, C. Just., XII, 5; Novell. XXX, cap. XI, § 1), soit *serenissima conjux* (Const. 5, *eod.*), ou *reverendissima conjux.* (Novell. VIII, cap. I.) Quant à l'Empereur, tout le monde n'est pas apte à l'adorer. C'est là une prérogative qui

différents services publics, et, tout en multipliant les rouages divers de l'administration, de leur donner un moteur unique. Aussi, pour avoir une image exacte de l'Etat Romain à cette époque,

---

emporte avec elle certains privilèges. (Const. unic., *De præpos. sacr. cubic.*, C. Th., VI, 8; Const. unic., *De comit. et trib. schol.*, C. Th. et C. Just. — Comp. *infra*, note 56.) Quand le prince accorde le droit de s'approcher de sa personne sacrée et de baiser sa robe de pourpre, *sacram purpuram adorare* (*ex. gr. :* Const. 3, *De domest. et protect.*, C. Th., VI, 24; Const. 6 § 3, *De advoc. divers. judic.*, C. Just., II, 8), il le fait dans des termes qui montrent toute la grandeur de la concession. Disons enfin que c'est sous le titre de *serenitas* qu'est célébrée cette divinité humaine. (Const. 1, *De silentiar. et decurion. eor.*, C. Just., XII, 16. Au reste, ce titre, très fréquent dans les textes (*ex gr. :* Const. unic., *De præpos. sacr. cubic.*, C. Th. ; Const. 8 pr., *De suar.*, C. Th., XIV, 4; Const. 32 § 4, *De appellat.*, C. Just., VII, 62; Const. unic. § 1, *De rapt. virg.*, C. Just., IX, 13), ne suffit plus à la pompe impériale; et la vaine emphase de ces fétiches couronnés n'est plus satisfaite des dénominations boursoufflées et vides de sens qu'ils se décernent complaisamment, telles que *Nostra majestas* (Const. unic., *De mag. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 9), *Imperialis*, *Augusta majestas*, *Imperatoria celsitudo* (Const. 12, *De legib.*, C. Just., I, 14; Const. 5, *De consul.*, *et non sparg. ab his pec.*, C. Just., XII, 3); *Majestas imperatoria* (Novell. CLXI, *præfat.;* Spartian., *Hadr.*, 8); *Mansuetudo nostra* (Const. 8 § 1, *De honorar. codicill.*, C. Th., VI, 22; Const. 10, *De legat.*, C. Th., XII, 12; Const. 38 pr., *De navicul.*, C. Th., XIII, 5; Const. 6 pr., *Unde vi*, C. Just., VIII, 4); *Tranquillitas nostra* (Const. 1, *De comit. consist.*, C. Just., XII, 10); *Nostra pietas* (Const. 1, *De primic. et notar.*, C. Th., VI, 10; Const. 3 pr., *Ubi senat.*, C. Just., III, 24; Const. 1, *De primicer. et secundicer.*, C. Just., XII, 7; Const. 8, *De prox. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19); *Nostra clementia* (Novell. Theod. II, *De amb.*, XXIV *in initio*); *Nostra perennitas* (*eod.*, § 6)..... et tant d'autres analogues. Il faut en outre que leur divinité, que leur éternité perce et s'affiche dans leurs lois : *Nostrum numen* (Const. 7, *De legat.*, C. Th. ; Novell. Th. II, *De metat.*, XXV, § 2, éd. Hænel ; Const. 32 pr. et § 4, *De appellat.*, C. Just. ; Const. 2, *De comit. rei milit.*, C. Just., XII, 12; Const. 15, *De prox. sacr. scrin.*, C. Just.); *Nostra divinitas* (Const. 2, *De privileg. schol.*, C. Just., XII, 30) ; *Nostra æternitas* (Const. 2 § 21, *De offic. præf. præt.*, C. Just., I, 27; Novell. XI, *epilog.;* cf. Symmach., *Ep.*, X, 51, *Æternitas vestra*); *Nostra perennitas* (Const. 10 pr., *De murileg.*, C. Th., X, 20), y sont d'un usage courant et servent de nouvel aliment à leur vaniteuse insanité. On dirait que les empereurs étaient comme jaloux de voir se refléter l'éclat de leur majesté sacrée et de leur toute-puissance absolue, non pas seulement dans la magnificence extérieure de leurs vêtements, dont Dioclétien introduisit la mode, mais encore dans la cérémonie de l'adoration ou génuflexion à laquelle on se livrait en les saluant. (Eutrop., IX, 26; Aurel. Vict., *De Cæsar.*, XXXIX ; Zonaras, XII, 31 ; J. Lydus, *De magist.*, I, 4. — Le passage d'Aurelius Victor, auquel nous renvoyons, prouve que l'adoration était connue avant Dioclétien : il a pu en rénover l'usage, mais, à coup sûr, il n'en est pas l'inventeur. Voy. aussi Lamprid., *Alex. Sev.*, 18. Seulement, elle devint de règle à partir de son règne. Comp. MM. Walter, *op. cit.*, t. 1, § 360; Naudet, *De la noblesse chez les Rom.*, pp. 119 *in fine* et suiv.; Willems, *op. cit.*, p. 310.) Cette pratique semblait vraiment ancrée dans l'esprit impérial, puisqu'on la voit en vigueur même sous les princes chrétiens. (Ammian. Marcell., XV, 5, *ibiq.* Vales. et Lindenbrog, *in notis s* et *v*; Const. unic., *De præpos. sacr. cubic.*, C. Th., VI, 8, *ibiq.* Gothof.) Ceux-ci eurent toutefois le bon goût d'abolir l'adoration de leurs images. (Const. unic., *De imagin. imperial.*, C. Th., XV, 4, *ibiq.* Gothof.) — Comp. sur tout ceci M. Naudet, *De la noblesse chez les Rom.*, pp. 119 et suiv.

doit-on se le représenter comme formant une vaste république de fonctionnaires de tous genres, savamment organisés et coordonnés, qui recevaient de l'arbitraire impérial la vie et le mouvement (18). Il résulte de là que les autorités, dans les branches multiples du pouvoir administratif, se trouvaient subordonnées les unes aux autres suivant les règles très-précises d'une hiérarchie déterminée (19). Les mêmes notions qui avaient présidé à l'ancienne théorie, les mêmes expressions dont l'époque antérieure avait fait usage, passèrent dans le système nouveau (20).

Nous devons le reconnaître toutefois : cette coutume ne fut spéciale ni à Rome ni au Bas-Empire ; nous la retrouvons, notamment, au dix-septième siècle de notre histoire, qui, loin de répondre à son but, vient, il faut le dire hautement, ternir l'éclat du grand règne. Ainsi, quand le roi se présente aux portes de sa capitale, le premier président de Lamoignon le harangue en ces termes : « Il nous suffit d'aborder *votre personne sacrée* dans la plus belle élévation de son trône, pour lui rendre, selon le langage même de l'Ecriture, *nos adorations civiles* et pour lui faire un sacrifice entier de nos fortunes, de nos vies, de toutes nos affections et de toutes nos pensées... » (Discours prononcé en recevant le Roi à la barrière du Trône, le 26 août 1660.) « Et ce n'était encore là qu'une adoration par métaphore ; d'autres fléchissaient réellement le genou devant le prince, même au pied des autels, où la majesté divine semblait éclipsée par celle du souverain », ajoute avec raison M. l'avocat général Loubers. (Discours de rentrée prononcé à la cour de Paris le 4 nov. 1879, *Etude sur l'ancienne Magistrature, d'après les moralistes français; Gaz. Trib.* du 6 nov., p. 1083, col. 4 *in fine*, dans lequel nous avons puisé le passage précité de Lamoignon, et qui, à l'appui de son assertion, invoque La Bruyère, chap. VIII, *De la Cour*, description de Versailles.)

(18) Comme le dit excellemment Gibbon, dans son *Histoire de la décad. et de la chute de l'empire romain* (chap. XVII) : « Un observateur philosophe aurait pu regarder le système du gouvernement romain comme un magnifique théâtre rempli d'acteurs, qui, jouant différents rôles, répétaient les discours et imitaient les passions des personnages qu'ils représentaient. » (T. 4, p. 55 de l'éd. de Paris en 18 vol., 1788-1795.)

(19) La terminologie d'alors qualifiait cette situation par la locution *sub dispositione esse*. (Voir la *Notitia*, *passim*.) Dans aucun temps, peut-être, l'étiquette n'a joué un rôle plus important et n'a exercé sur les esprits une domination plus absolue. A ce premier fléau il faut joindre deux autres vices : le besoin du luxe et l'habitude de la pompe extérieure.

(20) C'est ainsi que l'on distinguait encore les *magistratus majores* et *minores*, suivant qu'à la fonction étaient attachés ou non l'*imperium* et la *potestas*. (L. 32, fr. Ulp., *De injur.*, D., XLVII, 10.) Les magistrats inférieurs étaient les autorités municipales (*Magistratus municipales;* L. 26, fr. Paul., *Ad municip.*, D., L, 1; Paul., *Sentent.*, V, 5 A, § 1) ; l'expression *Magistratus* ne s'applique même le plus souvent qu'à eux. — Semblablement, l'*imperium* conférait encore la dangereuse prérogative de prononcer, sans autre forme de procès, soit la prison, soit des châtiments corporels (L. 2, fr. Ulp., *De in jus voc.*, D., II, 4) ; aussi les textes regardent-ils comme un privilège important le fait d'appartenir à une condition qui préservait là contre. (L. 3, fr. Marcian., *De veteran.*, D., XLIX, 18 ; Constt. 39, 47, 153, *De decurion.*, C. Th., XII, 1.) — De même, la plupart des fonctionnaires avaient encore, pour faire respec-

Les fonctions publiques ou dignités (*dignitates*) d'où sortit, comme nous allons le voir, une sorte de noblesse nouvelle, hiérarchiquement répartie, et dont chaque degré avait ses insignes, ses honneurs, ses privilèges, ses exemptions et ses franchises, étaient divisées en civiles et militaires (21). Les titulaires les plus

---

ter leur autorité, le droit de condamner à l'amende; cependant, le taux des peines pécuniaires était déterminé d'après un système de progression tout nouveau et suivant une échelle descendante dont le sommet était occupé par le préfet du prétoire, et au dernier échelon de laquelle se trouvait le gouverneur de province (Constt. 4, 5, 6, *De modo mult.*, C. Just., I, 54; Const. 5, *Quando provoc. non est necesse*, C. Just., VII, 64); l'appel était en outre réservé. (L. 2, fr. Venul. Saturn., *Quis a quo appell.*, D., XLIX, 3, et surtout L. 244, fr. Labeo, *De verb. signif.*, D., L, 16, et Const. 25, *De appell.*, C. Just., VII, 62.) Les magistrats municipaux avaient également ce droit (L. 131 § 1, fr. Ulp., *De verb. signif.*, D.), de même que les édiles urbains dans l'exercice de la police dont ils étaient chargés relativement aux constructions et aux voies publiques. (L. unic. §§ 1 et 2, fr. Papin., *De via publ.*, D., XLIII, 10.) Mais il était refusé au *curator urbis* ou *reipublicæ* (Const. 3, *De modo mult.*, C. Just.), au *procurator provinciæ* (Const. 2, *De modo mult.*, C. Just.) et au *defensor civitatis*. (Const. 5, *De defensor. civit.*, C. Just., I, 55. — Les *defensores civitatum, plebis, loci*, furent créés par Valentinien et Valens en 364; Const. 1, *De defensor. civit.*, C. Th., I, 29, éd. Hænel. — Cette constitution a été retrouvée par Baudi di Vesme.) — Cf., sur ce *jus multæ dicendæ*, L. 2 § 8, fr. Ulp., *De judic.*, D., V, 1.

(21) Const. 39, *De cursu publ.*, C. Th., VIII, 5. Voy., sur les diverses divisions des *dignitates*, Gothof., *Paratitl. ad tit. de dignit.*, C. Th., VI, 1. — Dans la sphère civile, six grands dignitaires se partageaient la haute administration centrale; c'étaient, en suivant l'ordre d'énumération de la *Notitia* qui n'est pas conforme à celui des titres du Code Théodosien et du Code de Justinien, relatifs à ces fonctionnaires : 1° le *præpositus sacri cubiculi*, préfet de la chambre sacrée ou grand chambellan (C. Th., VI, 8; C. Just., XII, 5); 2° le *magister officiorum*, véritable ministre à la tête d'un département d'affaires considérables (voy. *infra*) (C. Th., I, 9; cf. VI, 9; C. Just., I, 31; cf. XII, 6); 3° le *quæstor*, questeur impérial (C. Th., I, 8; C. Just., I, 30; comp. *infra*, note 46); 4° le *comes sacrarum largitionum*, ministre du trésor public (C. Th., I, 10; C. Just., I, 32); 5° le *comes rerum privatarum* ou *rei privatæ*, ministre du trésor impérial et des domaines du prince (C. Th., I, 11; C. Just., I, 33), avec lequel il faut se garder de confondre le *comes sacri patrimonii* créé par Anastase après 490; celui-ci était inférieur au précédent et n'avait que l'administration des biens personnels du prince (voy. Böcking, *Ad notit. Occid.*, t. 2, pp. 375 *in fine* et suiv.); 6° enfin le *primicerius notariorum*, premier secrétaire d'Etat. (C. Th., VI, 10; C. Just., XII, 7; comp. *infra*, note 45.)

Dans la sphère militaire, il convient de ranger les *magistri militum* (C. Th., I, 7; C. Just., I, 29; comp. § 3 *supra*, note 21) et les deux *comites domesticorum, equitum* et *peditum* (*Notit. dignit. Or.*, capp. I et XIV; *Occident.*, capp. I et XII), gardes du corps à pied et à cheval, appelés *domestici et protectores* (C. Th., VI, 24; C. Just., XII, 17) ou *protectores domestici*. (Constt. 3 et 9, *De domest. et protector.*, C. Th., VI, 24.) Dioclétien était à la tête des *domestici* (*domesticos regens*) sous l'empereur Carus, et après lui, lorsqu'il tua le préfet du prétoire Aper, assassin de Numérien, le plus jeune des deux fils et le successeur de ce prince. (Vopisc., *Numerian.*, 13.) Ces *protectores domestici* avaient supplanté les prétoriens, dont les cohortes

élevés appartenant à l'une et à l'autre catégorie jusqu'au *comes*

---

furent diminuées en nombre dès l'époque de Dioclétien (Aurel. Vict., *De Cæsar.*, XXXIX *in fine;* Lactant., *De mort. persecut.*, 26), et dont les légions furent à jamais licenciées après la victoire de Constantin sur Maxence. (28 oct. 312; Aurel. Vict., *De Cæsar.*, XL; Zosim., II, 17. — Voy. sur eux Walter, *op. cit.*, t. 1, § 414.)

Est-il besoin d'ajouter que chacun de ces personnages avait sous ses ordres de nombreux subalternes, semblables aux satellites entraînés par le mouvement des planètes ? Ceux qui seraient curieux de les connaître peuvent se reporter à la *Notitia* de Böcking (voy. cap. I, INDEX) et à l'ouvrage de M. Serrigny, chapp. IX à XVI inclus., pp. 83 à 117. Voy. aussi Walter, *op. cit.*, renvois de la table, à chacun des mots précités. — Pour donner l'idée du personnel d'une branche de service dans le palais, nous prendrons comme type le *magister officiorum*, comparé par Loyseau (*op. cit.*, liv. I, chap. I, n° 21) à notre ancien *Grand Maistre de France*, lequel avait la surintendance sur les officiers de la maison du roi, et dont la charge se rattache par le lien le plus étroit à l'objet actuel de nos études. Sans parler des attributions aussi variées et aussi nombreuses qu'elles étaient importantes dont il fut revêtu, sous le Bas-Empire, à la place du préfet du prétoire (J. Lydus, *De magistr.*, II, 10, 11, 25, 26; III, 40, 41), telles que le maintien de l'ordre et de la police dans le palais (*palatii disciplina*, Cassiod., *Var.*, VI, 6), la plénitude de juridiction civile et criminelle des *palatini* — (voy. au livre XII du C. Just. les textes suivants : Const. 3, *De præpos. sacr. cubic.*, tit. 5; Const. 4, *De silentiar.*, tit. 16; Const. 12, *De proxim. sacr. scrin.*, tit. 19; Const. 4, *De agent. in reb.*, tit. 20; Constt. 3 et 4, *De castrensian.*, tit. 26; Const. 2, *De decan.*, tit. 27; Const. 3, *De privileg. schol.*, tit. 30), — la présentation des sénateurs à l'Empereur (Cassiod., *eod.*), l'introduction des ambassadeurs près du prince (*id.*, *eod.;* voy. aussi Ammian. Marcell., XXVI, 5, et la note *x* de de Valois, et 7. — Comp. chap. II, § 2, note 11), etc., etc., nous dirons, avec la *Notitia dignitatum* de Böcking (*Orient.*, cap. X; *Occident.*, cap. VIII), qu'il avait sous sa direction, *sub dispositione sua :* 1° suivant qu'on passe de l'Orient à l'Occident, les sept ou les cinq *scholæ* des *milites palatini* (Zosim., II, 25, 43; comp. Pancirol., *Notit. imp. Or.*, cap. LXII, p. 101; voy., sur le corps des troupes du palais, Walter, *op. cit.*, t. 1, chap. XLVII, spécialement § 415); sous Justinien il y en avait onze (Const. 35, *De loc. et cond.*, C. Just., IV, 65); elles avaient pour chefs des *comites* et des *tribuni* (C. Th., VI, 13, *ibiq.* Gothof.; C. Just., XII, 11); 2° la *schola* des *agentes in rebus* (comp. note 71, *infra*); 3° les *mensores* et les *lampadarii*, en Orient du moins (voy. Böcking, t. 1, pp. 214, 45, et 236, 14); les premiers, qui portaient aussi le nom de *metatores* (Constt. 1 et 2, *De metat.*, C. Just., XII, 41; comp. P. Barral et A. Rich, *opp. citt.*, *his verbis*), étaient des employés qui, sous les ordres d'un *primicerius*, allaient en avant, lorsque l'Empereur voyageait, pour faire tout préparer en route et dans les lieux où il devait stationner. (Voy. Const. unic., *De mensor.*, C. Th., VI, 34, *ibiq.* Gothof., et C. Just., XII, 28; P. Barral, *op. cit.*, *h. v.;* cf. Constt. 4 et 5 pr., *De metat.*, C. Th., VII, 8, et A. Rich, *op. cit.*, *h. v.*, 3.) Quant aux autres, au sujet desquels on pourra consulter le titre XXIX des Novelles de Valentinien III, ils veillaient à l'éclairage du palais, sous les ordres également d'un *primicerius*. (Voy. P. Barral, *op. cit.*, v° LAMPADARII.) *Mensores* comme *lampadarii* se trouvaient sous la direction d'un *comes castrensis*, comte du palais ou de l'hôtel, supérieur de ceux qui servaient l'Empereur à table et dans son palais, et qui avait lui-même pour chef le *præpositus sacri cubiculi*. — Il résulte de là que le *magister officiorum*, considéré comme exerçant sa juridiction dans le palais, avait sous sa direction des employés même attachés à un ministère autre que le sien; 4° à notre avis du moins, les quatre *scrinia memoriæ*, *epistolarum*, *libellorum* et *dispositionum*, dont il sera parlé ci-dessous (note 63); 5° l'*officium* ou le *magisterium admissionum*

du trésor de la Couronne (*comes rerum privatarum*) inclusivement, portaient le titre d'*illustres* (22). Après eux, venait la classe des *spectabiles*, puis celle des *clarissimi* (23), ensuite celle des

---

(Ammian. Marcell., XV, 5, *ibiq.* Vales., note *q*; XXII, 7 et 2; Const. 18 [12], *De senator.*, C. Th., VI, 2), composé des *admissionales*, huissiers introducteurs du palais, à la tête desquels se trouvait un *magister* (Vopiscus, *Aurelian.*, 12 *in fine*. — Voy. P. Barral, *op. cit.*, *h. v.*; Walter, *op. cit.*, t. 1, §§ 276 et 364, et M. E. Saglio, dans son *Dict.*, v° ADMISSIO); il y faut joindre aussi les *invitatores*, officiers chargés de transmettre les invitations (voy. Pancirol., *Notit. imp. Or.*, cap. LXV, et Const. 10 *in fine*, *De divers. offic.*, C. Just., XII, 60); 6° les *cancellarii*, huissiers, en Occident (voy. Böcking, t. 2, p. 305, 9; cf. P. Barral, *op. cit.*, v° CANCELLARIUS; A. Rich, *op. cit.*, *eod. v°*; Serrigny, *op. cit.*, t. 1, p. 176, n° 220); 7° les *fabricæ*, c'est-à-dire les fabriques d'armes de l'Empire, dans lesquelles travaillaient des ouvriers appelés *fabricenses* (C. Th., X, 22; Novell. Theod. II, tit. VI; C. Just., XI, 9; Novell. LXXXV; P. Barral, *op. cit.*, *his verbis*); le *magister officiorum* d'Orient en avait quinze sous sa direction et celui d'Occident vingt. Pancirole (*Notit. imp. Occident.*, p. 60) ne compte que dix-neuf *fabricæ* dans l'empire d'Occident; mais cela tient à ce qu'il n'en met qu'une à Autun, tandis qu'il y en avait deux; 8° le *cursus publicus*, ou postes publiques, mais seulement après la chute de Rufin, en 395 (voy. § 2, note 6, *supra*, p. 262 *in fine*; Constt. 8 pr., 9 § 1, 22 § 1, 35 § 1, 49, *De cursu publ.*, C. Th., VIII, 5; cf. Symmach., *Epist.*, VII, 105 et 106; Cassiod., *Var.*, VI, 6. Comp. *infra*, note 54); 9° nous mentionnerons enfin le corps des *stratores*, écuyers (C. Th., VI, 31; C. Just., XII, 25; Symmach., *Epist.*, X, 58), qui avaient à leur tête un *comes* ou *tribunus stabuli* (Ammian. Marcell., XXX, 5, *ibiq.* Vales., note *q*; Spartian., *Caracall.*, 7; P. Barral, *op. cit.*, v° STRATOR; A. Rich, *op. cit.*, *eod. v°*), ainsi que le corps des *decani*, officiers subalternes de l'armée. (C. Th., VI, 33; C. Just., XII, 27; P. Barral et A. Rich, *opp. citt.*, v° DECANUS.) — Comme on le voit par ce rapide exposé, le *magister officiorum* n'était pas seulement un officier de cour et un grand maître des cérémonies; c'était encore une sorte de ministre des affaires étrangères et des postes; mais c'était surtout un ministre de la police générale, sa fonction vraiment prédominante, celle qui permet d'expliquer l'amalgame de ses attributions, ainsi que le remarque M. Serrigny (*op. cit.*, t. 1, n° 97, p. 96).

(22) C'est ce que nous révèlent les intitulés de la *Notitia dignit. Orient.* (capp. II à XIII inclus) et *Occident.* (capp. II à XI inclus). Que les deux *comites domesticorum* (*equitum* et *peditum*) n'aient point fait partie de la classe des *illustres*, c'est là un point que Böcking a établi et nous semble avoir prouvé dans la note 1 sur le cap. XIV de la *Notit. dignit. Orient.* (T. 1, pp. 262 et suiv.) Avant lui, Godefroy (*Notit. dignit. C. Theod.*, éd. Ritter, t. 6, f° 21, col. sin.) les avait déjà rangés dans la classe des *spectabiles*. (Voy. aussi Gibbon, *Hist. de la décad. et de la chute de l'empire rom.*, chap. XVII. — *Contra* M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, p. 40, n° 24.) On ne saurait invoquer contre cette manière de voir la Const. 1, *De silentiar.* (C. Just., XII, 16); car Tribonien l'a remaniée; l'original, dégagé de ses retouches, en existe d'ailleurs au C. Th. (Const. 1, *De decurion. et silentiar.*, VI, 23), et Honorius et Théodose, à qui elle appartient, y parlent un tout autre langage que leur infidèle copiste.

(23) Const. 187, *De decurion.*, C. Th., XII, 1; Const. 52 pr., *De hæret.*, C. Th., XVI, 5. — Godefroy donne une énumération des *spectabiles* dans son commentaire sur la Const. 1, *De comit. rei milit.* (C. Th., VI, 14; éd. Ritter, t. 2, f° 102, col. rect.) — Quant à l'épithète de *clarissimi*, on sait qu'après avoir constitué au début une expression vague de déférence, elle devint le titre honorifique particulier, ordinaire

perfectissimi (24); enfin la souche de cet arbre nobiliaire était formée par les *egregii* (25). Dès lors, la noblesse issue de toutes ces dignités, et au-dessus de laquelle planaient les *nobilissimi* (26),

---

et légal des membres du Sénat (voy. Zosim., II, 38; Gothof., *Ad tit. De senator.*, C. Th., VI, 2, *Paratitl.*; éd. Ritter, t. 2, f° 4), ce qui ne signifie pas qu'ils furent les seuls à le porter (voy. Pancirol., *Notit. Imp. Or.*, p. 13; *Imp. Occ.*, p. 6; comp. *Imp. Or.*, cap. II, p. 14); mais les *senatores* de Rome et de Constantinople, qu'on ne rencontre pas dans la *Notitia*, puisqu'elle ne contient que la liste des fonctionnaires, figuraient au premier rang de cette troisième classe. (Voy. Const. 52 pr., *De hæret.*, C. Th.; Constt. 180 et 183, *De decurion.*, C. Th.; Const. 11, *De dignit.*, C. Just., XII, 1.) Dès longtemps avant l'époque dont nous nous occupons, le titre de *clarissime* avait été pour les sénateurs, leurs fils, leurs femmes et leurs filles, — sauf pour ces dernières le cas de mésalliance, — une distinction nobiliaire. (Voy. au Digeste le titre *De senatoribus*, I, 9, *passim*, et notamment LL. 5 à 10 inclus.) Les recueils d'inscriptions sont remplis de mentions qui confirment notre assertion; en voici spécialement cinq, relatives à une famille sénatoriale : V. C. = *vir clarissimus*; C. F. = *clarissima femina*; C. I. = *clarissimas juvenis*; C. P. = *clarissimus puer*; C. q. = *clarissima puella*.

(24) Gothof., *Ad tit. Cod. Theod. De perfectissim. dignit.* (VI, 37), *Paratitl.* On n'est pas d'accord sur l'origine de ce titre honorifique, mais il est certain qu'il existait sous Dioclétien, puisqu'on le trouve mentionné dans une de ses Constitutions, datée de l'année 290. (Const. 11, *De quæstion.*, C. Just., IX, 41.)

(25) Gothof., *Ad Const. 1, De honorar. codicill.*, C. Th., VI, 22. Lactance (*Divin. inst.*, V, 34) dit au sujet de ce titre : « *Nemo egregius nisi qui bonus et innocens fuerit.* »

(26) Ce titre, le plus éminent de tous, dont Zosime (*loc. inf. cit.*) attribue à tort l'invention à Constantin, et qui, d'après cet auteur, donnait le droit de siéger même avant les préfets du prétoire, n'était porté que par les Césars et que par les membres de la famille impériale; les femmes en étaient elles-mêmes décorées. (Voy. Pancirol., *In Notit. Imp. Or.*, cap. IV, p. 17, éd. de Genève, 1623; Zosim., II, 39; Gothof., *Ad Const. 21, De lustrali collat.*, C. Th., XIII, 1.) Quant à la date d'apparition du titre de *nobilissimus Cæsar* ou de *Cæsar nobilissimus*, elle est bien antérieure à Constantin : on rencontre, en effet, ce titre dès l'époque des deux Maximins (235-238), sous lesquels il désigne, comme sous leurs successeurs, les héritiers présomptifs de la couronne. Les inscriptions font foi de cette assertion. (Voy. Orelli-Henzen, t. 1, cap. II, §§ 27 et suiv., pp. 220 et suiv.; t. 3, *eod.*, pp. 102 et suiv.; M. Renier, *Inscr. rom. de l'Alg.*, n°s 116 et 4040.) Ce fut au temps de Gallien (260-268) que ce titre fut étendu aux membres de la famille impériale (voy. les inscriptions et les médailles citées par M. Deville, dans son *Essai sur les médailles de la famille de Gallien*, inséré dans la *Revue de numismatique*, nouv. série, t. 6, 1861; Orelli-Henzen, n°s 3657, 5546 et 5556); mais cette coutume eut lieu principalement sous les règnes de Dioclétien, de Galerius, de Constantin et de Constance. (En ce sens, le passage précité de Zosime est exact. — *Junge :* Eckhel, 39, *Doct. num.*, t. 8, pp. 29, 35, 51, 55, 72, 100; Orelli-Henzen, *locc. sup. citt.*, et n° 3120.) D'après M. Naudet (*De la noblesse chez les Romains*, p. 128), à qui nous avons emprunté plusieurs des citations précédentes, Julien fut le dernier empereur *nobilissime* (Orelli, n° 1103), en ce sens qu'après lui, tous les empereurs, suivant l'exemple donné par Valentinien Ier en 367 à l'égard de Gratien, qui était alors dans sa neuvième année, associèrent immédiatement leurs fils, même en bas âge, à la puissance souveraine, et les nommèrent Augustes. (Voy. Tillemont, *Hist. des emp.*, t. 5, p. 36; Orelli, n° 1117, inscription relative à Gratien, et complétée

posséda sa hiérarchie propre (27). Mais il y a plus : chacune des

---

par Henzen, t. 3, p. 117 *in fine*. — *Adde* n° 68, relatif à Valentinien II, et n°s 1127 et 1128, relatifs à Arcadius et Honorius : voy. sur cette dernière inscription, Henzen, t. 3, p. 119.) Avant Valentinien, Licinius Valérien (253-260) avait déjà nommé Auguste son fils Gallien (Aurel. Vict., *Epit.*, XXXII) ; Valérien le Jeune, frère consanguin de Gallien, fut également fait Auguste par ce dernier, selon Celestinus. (Trebell. Pollio, *Valerian Jun.*) Ce titre d'*Augustus* conférait la puissance souveraine.(Vopisc., *Numerian.*, 13 ; *Carin.*, 16.) — La *Notitia dignitatum* ne s'occupe pas des *nobilissimi* non plus que des *egregii ;* elle se borne à nous faire connaître le rang que chaque dignitaire occupait dans la hiérarchie des quatre autres classes, qui étaient les principales. — Remarquons enfin qu'en ce qui concerne les *patricii*, dont la *Notitia* ne parle pas davantage, ils avaient rang entre les princes du sang et les *illustres*. (Voy. Constt. 1, 3 et 5, *De consul.*, C. Just., XII, 3. Comp. note 28, *infra*.) Ce dernier titre, purement honorifique, auquel était attachée une noblesse personnelle et non transmissible, fut, on le sait, imaginé par Constantin qui l'entoura d'une splendeur toute nouvelle : le patrice qu'il créa était unique et à vie et ne cédait le pas qu'aux consuls seulement, parce que ceux-ci pouvaient avoir pour collègue le souverain, dit Cassiodore (*loc. inf. cit.*), de telle sorte qu'il occupait un rang intermédiaire entre eux et les préfets du prétoire. L'Empereur lui donnait le nom de père : c'est même à raison de cette métaphore, que Justinien déclare le fils de famille revêtu de la *summa patriciatus dignitas*, affranchi de la puissance paternelle, en fournissant d'ailleurs de sa décision un motif assez puéril («... *ne videantur, quia a nobis loco patris honorantur, alieno juri esse subjecti* »), mais dont il était visiblement satisfait ; car il se plut à en renouveler, dans la suite, le ridicule, dans le chapitre III de sa *Novelle* LXXXI, à propos de la dignité d'évêque, dont seraient revêtus les fils de famille. (Voir sur toutes ces idées : Zosim., II, 40 ; Cassiod., *Var.*, VI, 2 ; Claudian., *In Eutrop.*, II, prol., 49 et 50 ; Const. 5, *De consul.*, C. Just. ; § 4, *Quib. mod. jus potest. solvit.*, Inst., I, 12 ; Gothof., *Ad tit. C. Th. De consul.*, VI, 6. — *Junge :* Orelli, n°s 1141, 1152, 1162 ; Tillemont, *op. cit.*, t. 4, p. 285.)

(27) Les différents titres que nous venons d'énumérer, et sur lesquels on pourra consulter M. Serrigny (*op. cit.*, t. 1, pp. 39 et suiv., n°s 22 et suiv.), ne servaient simplement, comme le remarque fort exactement cet auteur (n° 22), qu'à fixer la hiérarchie des rangs. « C'était », comme il le dit, « un classement analogue à celui qui existe en Russie et qu'on appelle *tchin.* » Ils entraînaient bien, avec des franchises personnelles, certains privilèges plus ou moins importants, mais sans emporter, considérés en eux-mêmes, aucun pouvoir ni aucune juridiction. Ainsi que l'écrit avec beaucoup de justesse M. Dauban dans son *Histoire Romaine* (cours de quatrième, Paris, 1870, p. 468, § III) : « Pour rehausser l'éclat du trône, Constantin établit entre l'Empereur et la foule des sujets la *divine hiérarchie* (comp. note 31, *infra*), sorte de noblesse sans valeur personnelle, collection de fonctionnaires privilégiés... » Mais cet auteur se trompe en ajoutant qu'il n'y avait que quatre degrés. — Ce serait d'ailleurs une erreur de croire que la hiérarchie honorifique du Bas-Empire se soit constituée tout d'une pièce par un décret organique. Il n'en fut rien ; elle s'établit successivement par l'usage, et subit quelques variations. On ne la trouve réglée d'une façon définitive que vers la fin du quatrième siècle et dans le cinquième. — Voy. encore sur les titres, les insignes et les honneurs dont nous avons parlé, ainsi que sur la hiérarchie au Bas-Empire, et sur les importants privilèges dont jouissaient les dignitaires de concert avec leurs femmes et leurs enfants : MM. Bonjean, *Traité des actions*, 2e éd., t. 1, pp. 273 et suiv. ; Ortolan, *Hist. de la législ. rom.*, 10e éd., pp. 376 et suiv., n°s 477 et suiv. ; Naudet, *De la noblesse chez les Romains*, pp. 119-164, où cet auteur établit un

cinq classes que nous venons d'énumérer avait été pareillement dotée de la sienne, en ce sens que le rapport de rang existant entre les dignitaires d'un groupe déterminé, était soumis à des règles d'une exactitude minutieuse (28), à l'observation ponctuelle desquelles la loi tenait essentiellement (29). Aussi avait-elle édicté des dispositions pénales pour prévenir les usurpations de titres ou de rang (30); c'était là un crime considéré comme un sacrilège, contre l'imputation duquel il n'était pas même permis de prétexter ignorance (31). On conservait, du reste, le rang acquis

---

intéressant parallèle entre notre ancienne noblesse, et ce que nous avons qualifié de ce nom sous le Bas-Empire ; Maynz, *op. cit.*, t. 1, nos 205 et suiv., pp. 309 et suiv.

(28) Spécialement, la classe des *illustres* contenait trois subdivisions, trois degrés, ainsi que cela ressort des titres 6 à 9 inclus, lib. VI, C. Th., et 3 à 6 inclus, lib. XII, C. Just. : le *primus gradus* ou *ordo* était occupé par les *consules* et les *patricii*, le second, par les *præfecti prætorio*, les *præfecti urbi*, les *magistri militum* et les *præpositi sacri cubiculi* (c'est ce que Godefroy, *loc. inf. cit.*, appelle « *quadriga quædam illustrium* »); le troisième enfin (« *alterius quadrigæ* ») par les *quæstores*, les *magistri officiorum*, les *comites sacrarum largitionum* et les *comites rerum privatarum*. (Voy. Gothof., *Ad Const. unic.*, *De præpos. s. cubic.*, C. Th., VI, 8, éd. Ritter, t. 2, f° 82, col. sin.) — Le *primus gradus* primait les deux autres dans tous les cas, c'est-à-dire lors bien que le titre de *consul* ou de *patricius* fût postérieur en date à l'un quelconque des huit autres. Dans le *secundus* ou le *tertius gradus*, les choses se passaient différemment, non pas en ce sens qu'un membre du *tertius ordo* pût jamais devenir préférable à un membre du *secundus gradus* en vertu d'un *privilegium temporis*, mais en ce sens qu'on rencontrait, au sein même de chacun d'eux, une espèce de sous-hiérarchie. En effet, entre les quatre dignitaires du second degré, qui possédaient cependant une *dignitas* semblable, égale, le *promotionis ordo*, ou la *temporis prioritas* l'emportait ; et pareillement, entre ceux du troisième, c'était encore le *tempus promotionis* qui réglait la préséance. (Gothof., *eod.*) — C'était d'ailleurs la règle générale, suivant la formule donnée par Godefroy (*Ad Const. 4, De premicer.*, C. Th., VI, 10, éd. Ritter, *eod.*, f° 92, col. sin.), que : « *Pares dignitate personæ, temporis prioritate inter se certant.* » (Voy. les nombreux textes cités par Godefroy, *Ad Const. unic.*, *De consul.*, C. Th., VI, 6, éd. Ritter, *eod.*, f° 75, col. rect.) Ce principe comportait trois exceptions qui s'élevaient elles-mêmes à la hauteur de véritables règles, ou, pour mieux dire, avait reçu une triple limitation signalée par Godefroy (*eod.*) et dont nous aurons d'ici peu à mentionner deux aspects. (Voy. *infra*, note 37.)

(29) Voy. au C. Th. les titres 5 et 6 du liv. VI, et au C. Just. le titre 8 du liv. XII. Cf. le tit. 1 du même livre. — Les textes relatifs à ce sujet sont fort nombreux. (Voy. *ex gr. :* Const. 2, *De offic. mag. offic.*, C. Just., I, 31 ; et au liv. XII de ce recueil : Const. 2, *De primicer.*, tit. 7 ; Const. 7, *De proxim. sacr. scrin.*, tit. 19 ; Const. 1, *De agent. in reb.*, tit. 20 ; Const. 1, *De castrensiun.*, tit. 26 ; Const. 3, *De tyron.*, tit. 44.) Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. VII, n° 25. Voy. aussi notes 80 et 84, *infra*, et *Introd. gén.*, note 58.

(30) *Ex gr. :* Const. 3, *De offic. quæst.*, C. Just., I, 30. Cf. la note précédente.

(31) Les Constitutions 2, *Ut dign. ordo serv.*, C. Th., VI, 5, et 1, *eod.*, C. Just., ne laissent place à aucun doute à cet égard. Elles ajoutent qu'on était en pareil cas *plane*

après la sortie de charge (32), et, à égalité de titre, l'ancienneté de la nomination (*provectio*) tranchait, en règle, la question de préséance (33). Les fonctionnaires qui se trouvaient à la tête d'un service ordinaire, effectif et actif, étaient désignés par la dénomination générale de *in actu positi* (34). Il y avait en outre, à chaque degré de la hiérarchie, des titulaires appelés *vacantes*, qui, pour être à la vérité des fonctionnaires, étaient toutefois spécialement réservés pour des emplois extraordinaires ; ce titre constituait un avancement que, d'habitude, on accordait en récompense de services effectués dans un poste inférieur (35). Il faut enfin mentionner les *honorarii*, titulaires qui, dépourvus de toute fonction, avaient simplement reçu le diplôme honorifique d'une dignité (36).

---

sacrilegii reus. S'il y avait sacrilège, cela tenait à ce que, suivant leurs propres termes, on avait commis une infraction aux *divina præcepta* ; or, ceux-ci étaient divins parce qu'ils émanaient des empereurs passés à l'état de divinités couronnées (voy. *supra*, note 17), qui avaient posé les règles de la hiérarchie. (Voy. Const. 1, *De crim. sacrileg.*, C. Just., IX, 29 ; cf. Const. 4, *De privileg. eor.*, C. Just., XII, 29. — Comp. note 27, *supra*, le passage cité de M. Dauban.)

(32) C'est à cette idée que se rapportent les expressions *præfectorius, quæstorius* (Const. 2, *Ut dignit. ordo serv.*, C. Just., XII, 8), *expræfectus, exquæstor, exmagister*. (Brisson, v° EX.)

(33) Const. I, *De consul.*, C. Just., XII, 3 ; Constt. 1 et 2, *De præf.*, *eod.*, 4 ; Const. 1, *De præpos. sacr. cubic.*, *eod*, 5 ; cf. L. 1 pr., fr. Ulp., *De alb. scrib.*, D., L, 3. Voy. Loyseau, *ubi supra*, n°s 27 et 28, et comp. note 37, *infra*.

(34) Const. 6, *De honorar. codicill.*, C. Th., VI, 22 ; Const. 2, *Ut dignit. ordo serv.*, C. Just. — Aux titulaires en activité se rapporte l'expression emphatique *gerere infulas dignitatis*, très-fréquente dans les textes (*ex. gr. :* Const. unic., *Qui a præbit. tir.*, C. Th., XI, 18 ; cf. Const. 1, *De consul.*, C. Just.), et empruntée à la religion. Le mot *infulæ* emporte toujours avec lui l'idée de possession et de jouissance d'une situation donnée. (*Ex. gr. : Ingenuitatis infulæ*, Const. 4, *De præpos. sacr. cubic.*, C. Just., XII, 5.)

(35) Gothof., *Ad Const. 4, De primicer.*, C. Th., VI, 10, et *Ad Const. unic., De comit. vacant.*, C. Th., VI, 18. — Cassiodore (*Var.*, VI, 10, 11, 12) indique la triple formule de leur nomination, suivant la dignité qui leur était conférée. Souvent, comme il est dit au texte, les émérites recevaient avec leur congé des titres de dignités supérieures à celles qu'ils avaient exercées. Ils montaient de la sorte au degré de noblesse que comportait leur nouveau titre. (Const. 3, *De primicer. et notar.*, C. Th., VI, 10 ; Const. 8 §§ 1 et 2, *De princip. agent. in reb.*, C. Th., VI, 28.)

(36) Const. unic. *in fine, Qui a præbit. tiron.*, C. Th., XI, 18 ; Novell. LXX ; Gothof., *locc. citt.* à la note précédente. Les diplômes, dont il est question au texte, portaient le nom de *honorarii codicilli*. (Rub. et tit. 22, lib. VI, C. Th.). De là le nom de *codicillarii* donné aux *honorarii*. Nous avons puisé mot pour mot la formule indiquée au texte, dans la Constit. 2, *Ut dignit. ordo serv.*, C. Just., où il est dit : « ... *quartum*

Observons ici que les *in actu positi* venaient, dans tous les cas, lors même qu'ils eussent été inférieurs en rang, avant les *vacantes*, qui, de leur côté, mais à titre égal seulement, avaient le pas sur les *honorarii*, sans que d'ailleurs ont dût tenir compte de l'antériorité de leurs titres respectifs (37).

(*ordinem prospicimus*) *honorariorum, qui præsentes a nostro numine sine cingulo codicillos tantum honorariæ dignitatis adepti sunt...* »

(37) Const. 4, *De primicer.*, C. Th., et Gothof., *Ad h. Const.*; Constt. 5, 6, 7, 8, *De honorar. codic.*, C. Th., *ibiq.* Gothof.; Const. 2, *Ut dignit. ordo serv.*, C. Just.; Cassiod., *Var.*, VI, 10. — Ainsi qu'il est facile de le voir, et comme cela résulte d'ailleurs de la Const. 2 précitée, au C. Just., *Ut dignitatum ordo servetur*, dont l'unique objet, annoncé déjà par la rubrique du titre, est de fixer l'ordre du cérémonial, les empereurs avaient établi trois catégories dans chacune des classes nobiliaires; elles sont expressément définies par cette constitution; elles comprennent : la première, les dignitaires en activité (*in actu positi* ou *inter agentes*); la seconde, ceux qui sont décorés de titres d'office, et qui, sans emploi actuel (*vacantes*), ont du moins servi et portent les insignes du service (*cingulum*); la troisième enfin, les honoraires (*honorarii*), dont la nomination est purement gratuite, qui n'exercent aucun office actuel, ne comptent pas de services passés et n'en ont pas les insignes (*sine cingulo*, ἄζωστοι). Puis, dans chacune de ces trois catégories, on remarque deux subdivisions qui concernent : l'une, les personnes suivant la cour et appelées, par ce motif, *præsentes*, *in comitatu*, ou *in præsenti*; l'autre, les personnes qui se trouvent dans les provinces et qui sont qualifiées par là même *absentes*. (*Ex. gr.* : Const. 8 § 1, *De honorar. codicill.*, C. Th., VI, 22.) De telle sorte que la hiérarchie se trouve ainsi fixée par la constitution 2 : les *in actu positi* figurent au premier rang; viennent ensuite : les *vacantes præsentes*; les *vacantes absentes*; les *honorarii præsentes*, et les *honorarii absentes*. — Il est vrai qu'en lisant la constitution que nous analysons, on pourrait trouver que nous l'avons sensiblement généralisée; car elle ne parle que des *illustres*; mais les preuves abondent pour établir que la même règle s'appliquait aux autres classes. La rubrique du titre 8 suffit au reste à autoriser la généralisation.

C'est ici le lieu de signaler les différences qui séparaient, au point de vue hiérarchique, les trois groupes principaux de titulaires dont nous venons de parler. Les dignitaires en activité, appelés *administratores* par Théodose et Valentinien II, de qui émane notre texte, ont, depuis les premiers jusqu'aux derniers (*etiam Comites rei privatæ*), ce privilège considérable de primer absolument tous les *vacantes*, quelque élevé que soit le grade de ces derniers. Le texte ne peut laisser aucune prise au doute à cet égard : « *Sed administratores quidem* », y est-il dit, « *etiam Comites rei privatæ vacantibus omnibus honorariis anteponi censemus.* » Nous croyons cependant devoir corriger légèrement cette phrase qui, telle que nous l'avons transcrite d'après Cujas et Denis Godefroy, et telle que la leçon s'en trouve dans les meilleures éditions, peut laisser de l'équivoque dans l'esprit; nous n'hésitons donc pas à la lire, soit en ajoutant avec Cujas (*loc. infra cit.*) *omnibus* avant *vacantibus* et une virgule après ce dernier terme, soit en déplaçant le mot *omnibus*, pour le faire précéder de *vacantibus*, et en suppléant la particule *que* après *honorariis* = *omnibus vacantibus honorariisque*. Non pas, sans doute, que les *vacantes* ne soient pas des *honorarii* et qu'à la rigueur le style des empereurs ne soit pas correct; mais, ce dernier terme ne s'entendant strictement que des *codicillarii* purs et simples, appelés avec les textes, par les anciens interprètes, *nudi*, *imaginarii*, c'est-à-dire que de ceux-là seulement qui sont *sine cingulo*,

Ajoutons qu'une dignité commune, générale, que l'on octroyait à titre de distinction au fonctionnaire civil ou militaire, était celle

---

il nous semble, à raison même de l'opposition très-tranchée établie par notre loi entre les *in actu positi*, les *vacantes* et les *honorarii*, que la réserve à ceux-ci de leur dénomination technique fait gagner un peu de clarté à la constitution qui nous occupe, et prémunit ainsi contre une erreur dans laquelle des savants sont parfois tombés. (Voy. *infer.*) Les *in actu positi* jouissent en outre de cet avantage, qu'à égalité de titre avec tous les *honorarii*, ils les priment, lors bien que leur grade serait d'une date plus récente. (Constt. 5 et 6, *De honorar. codicill.*, C. Th.; Const. 19, *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27; Const. 8 §§ 1 et 2, *De princip. agent. in reb.*, C. Th., VI, 28; Const. 2, *Quis in gradu præfer.*, C. Th., VII, 3; comp. *supra*, note 28.) — Quant aux *vacantes*, leur supériorité sur les *honorarii* n'était pas aussi étendue; car ceux-ci, étant dotés d'un titre supérieur, passaient avant ceux-là; les *vacantes* ne l'emportaient qu'à égalité de rang, leurs titres fussent-ils d'ailleurs postérieurs à ceux des *honorarii*. (Voy. Gothof., *Ad Const. unic., De consul.*, C. Th., VI, 6, éd. Ritter, t. 2, f° 75, col. rect.; *Ad Const.* 4, *De primicer.*, C. Th., et *Ad const. unic., De comit. vacant.*, C. Th., VI, 18; cf. *eod.*, Const. 8, *De honorar. codicill., ibiq.* Gothof., où l'on rencontrera certaines exceptions. Comp. *supra*, note 28. — Walter n'a pas bien saisi l'antithèse si nette établie par notre loi entre les *in actu positi* et les *vacantes*, et qui légitime complètement la correction sus-indiquée, lorsqu'il a écrit, *op. cit.*, t. 1, § 402, p. 582 : « Entre les dignitaires de rang égal, les *in actu positi* venaient avant les *vacantes*, et ceux-ci avant les *honorarii*. » Cette formule n'est exacte qu'en ce qui concerne seulement les *vacantes* par rapport aux *honorarii*, l'égalité de rang n'étant nullement nécessaire dans les rapports des *in actu positi* avec les *vacantes*. — Les auteurs cités plus bas ne s'y sont pas mépris.) — Cependant, il convient d'ajouter que le *vacans* ayant pour lui ou l'éméritat ou la disponibilité, et quelquefois l'un et l'autre tout ensemble, puisait dans cette situation particulièrement favorable ce que M. Naudet (*loc. infra cit.*) appelle avec une grande justesse et un rare bonheur d'expression « une puissance rétrospective, ou d'avenir, qui lui donnait un avantage réel sur l'honoraire. » Les empereurs nous fournissent un double exemple très-saisissant, qui met bien en lumière cette observation, en nous montrant deux *vacantes* rangés par eux au nombre des *administratores illustres*, par cela seul qu'ils les ont chargés d'un service actif à l'occasion d'une guerre contre les Vandales. — D'autre part enfin, ce qui séparait profondément aux yeux de la loi les *vacantes* des *honorarii*, et ce qui rendait la situation des premiers de beaucoup préférable à celle des seconds, c'est que les uns possédaient un honneur légitimement acquis avec des privilèges assurés, sorte d'émoluments de retraite comme aussi de récompense des services rendus (voy. Const. 1, *De primicer. et notar.*, C. Th.; Const. 4, *De honorar. codicill.*, C. Th.), tandis que « les autres », comme l'exprime encore fort bien M. Naudet (*loc. inf. cit.*), « se targuaient d'une faveur subreptice, obtenue par sollicitations, par mensonges, à prix d'argent, toujours réprouvée et toujours contestée. » (« *Qui.... insignibus.... emendicatis atque assimulaticiis vestiuntur* »; Const. 5, *De honorar. codicill.*, C. Th.; cf. tout ce titre ; « *suffragio comparato* »; Const. 5, *De decurion.*, C. Th., XII, 1; cf. Const. unic., *De comit. vacant.*, C. Th.; Const. 8 pr., *De honorar. codicill.*, C. Th.; Const. 19, *De agent. in reb.*, C. Th.) Les brevets honoraires étaient tombés en commerce, et leur vénalité donnait lieu à nombre de fraudes et d'intrigues de la part des courtisans et des habitants des provinces, qui trouvaient dans l'usurpation des immunités, avec les titres de noblesse, l'unique moyen de se décharger des obligations municipales. Les textes sont remplis de plaintes contre ces abus, que l'on s'efforçait de découvrir, et dont le législateur, la peine en mains, poursuivait la contrebande jusque dans les

de *comes* (38) (conseiller intime et secret de l'Empereur) (39), et que le rang du titulaire passait à sa femme (40).

Toutes les fonctions, tant civiles que militaires, étaient inventoriées ou répertoriées dans le *scrinium memoriæ* (41) sur deux registres (42), dont l'un, *laterculum majus* (43) *, était sous

---

derniers rangs des anoblis. (Voy. Constt. 23 pr., 39, 44, *De cursu publ.*, C. Th., VIII, 5; Const. unic., *De comit. et trib. schol.*, C. Th., VI, 13; Constt. 1 et 6, *De honorar. codicill.*, C. Th.; Constt. 5 et 187, *De decurion.*, C. Th.) — Voy., sur tout ceci : Cujac., *Opp.*, t. 8, coll. 355 *et seq.*; D. Gothof., *Nott. in Const.* 2, *Ut dignit. ordo serv.*, C. Just.; M. Naudet, *De la noblesse chez les Romains*, pp. 142 et suiv.

(38) Voy., au C. Th., les titres 13 à 21 inclus. du liv. VI, et, au C. Just., les titres 11 à 15 inclus. du liv. XII. Constantin en inventa trois classes : *comitiva primi, secundi* et *tertii ordinis*. (Cujac., *Ad Const. unic., De comit. et trib. schol.*, C. Just., XII, 11; *Opp.*, t. 8, col. 358; Gothof., *Ad Const. unic. ejusd. tit.*, C. Th., VI, 13, éd. Ritter, t. 2, f° 99, col. rect. — Consulter aussi, sur ce titre d'origine ancienne, M. Naudet, *De la noblesse chez les Romains*, pp. 146 et suiv.) Il arrivait souvent que des fonctionnaires fussent élevés avec ce titre au grade de *vacantes* ; ils se nommaient alors *comites vacantes*. (Voy., au C. Th., le titre 18 du liv. VI, et le commentaire de Godefroy sur ce titre.) Cassiodore (*Var.*, VI, 12) indique quelle était la formule employée pour leur nomination.

(39) C'est ce que les Allemands appellent *kaiserlicher Geheimrath*. — Quelquefois ce terme répond plus exactement à notre mot *ministre*. (Comp. *supra*, note 21.) — L'énumération que nous venons de faire des divers titres de noblesse personnelle, véritables amorces à la vanité, dont on peut rattacher l'origine première au commencement de l'Empire, nous prouve que les différentes épithètes honorifiques dont les textes prodiguent à profusion de si nombreux exemples, et que la *Notitia dignitatum* nous révèle, n'étaient point de la phraséologie creuse. *Tua celsitudo, excellentia tua, sublimitas tua*, ou, plus emphatiquement encore, *miranda sublimitas tua, tuum culmen, eminentia tua, amplitudo tua, claritas tua, illustris* ou *sublimis auctoritas tua, gloria tua, illustris et præcelsa magnificentia tua, laudabilitas tua, spectabilitas tua, claritas tua, gravitas tua, tua sinceritas* ou *laudanda tua sinceritas, beatitudo tua, eximietas tua*, etc., font partie du langage officiel, et, bien que répudiés par des sages, tels que Symmaque, dans le commerce intime et confidentiel (*Epist.*, IV, 42), doivent cependant être employés et sont en effet usités même par eux, dans la correspondance ordinaire. (Voy. Symmach., *Epist.*, II, 21, 44; VIII, 64. — Comp. *infra*, note 55.) Autant de titres qui ont à peu près le même sens que chez nous ceux d'Altesse, d'Excellence, de Seigneur, d'Eminence, de Grandeur, etc., et qui, mieux que tout le reste, autorisent le philosophe, en répétant l'éternelle vérité : *Natura humana sibi semper consona*, à constater que l'humanité est toujours la même.

(40) L. 8, fr. Ulp., *De senatorib.*, D., I, 9; L. 100, *id.*, *De verbor. signif.*, D., L, 16; Const. 10, *De nupt.*, C. Just., V, 4; Const. 9, *De incol.*, C. Just., X, 39; Const. 13, *De dignit.*, C. Just., XII, 1; Novell. CV, cap. 2 pr.; cf. Novell. XXII, cap. 36. — Comp. note 23, *supra*.

(41) De ce *scrinium* sortaient la plupart des nominations aux emplois.

(42) C'étaient le *laterculum majus* et *minus*. (Brisson., v° LATERCULUM; voy. aussi P. Barral, *op. cit.*, à ce mot.) De là vient que les *scriniarii*, qui étaient chargés de la tenue de ces registres, portaient le nom de *laterculenses*. (Const 13 § 1, *De prox. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19; Novell. XXIV à XXVII inclus., *in fine*. — Comp. note

* Voir note 43, page 404.

la surveillance du *Primicerius* (44) *notariorum* (45), et dont l'autre, *laterculum minus*, se trouvait sous celle du *quæstor sacri*

47, *infra*.) On trouve aussi, dans les textes, le mot *codices* employé pour désigner ces deux registres des charges, des emplois et des grades (Const. 3 *in fine, De agent. in reb.*, C. Just., XII, 20. Voy. *infra*, chap. II, § 2, note 22), où se trouvaient consignées les notes sur le personnel des fonctionnaires, et dans lesquels devait être opérée la transcription des *divales, sacræ* ou *divinæ probatoriæ*, lettres de provision ou décrets de nomination (*eod.*), avant l'expédition desquels nul ne pouvait, en principe, entrer en fonction. (Const. 3, *De off. quæst.*, C. Just., I, 30 ; Const. 5 pr. et § 1, *De off. mag. officior.*, C. Just., I, 31 ; Constt. 14 *in fine* et 16, *De murileg.*, C. Just., XI, 7; Const. 2 *in fine, De agent. in reb.*, C. Just. ; Const. 2, *De cohortal. princip.*, C. Just., XII, 58 ; Constt. 6, 9, 10, *De divers. offic.*, C. Just., XII, 60. — Cf. *Edict. Justinian.*, VIII, cap. 3 § 2, et XIII, cap. 3. Sur les *probatoriæ*, voy. Brisson, *h. v.*, et Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. III, n° 65, qui critique son illustre devancier. — Comp. *infra*, note 76, et chap. II, § 2, note 13.) — Quant aux épithètes *majus* et *minus* qui accompagnent le terme *laterculum*, elles laissent à entendre que le premier contenait le rôle des dignités supérieures, et que le second renfermait celui des dignités subalternes.

(43) Pancirol., *Imp. Or.*, cap. XCII ; M. Guizot, *Cours d'hist. mod.*, t. 3, p. 223.

(44) Le mot *primicerius*, dont l'usage est si fréquent dans la *Notitia*, signifie *in prima cera scriptus;* les anciens écrivant sur des tablettes de cire, *tabulæ ceratæ* (ou *ceræ ;* Quint., *Inst. orat.*, X, 3 *in fine* ; Juvenal., *Sat.*, I, 63), ils disaient *in prima, in secunda, in tertia, in extrema* ou *in ima cera*, pour indiquer ce qui était écrit sur la première, la seconde, la troisième ou la dernière table de cire ; la *tabula cerata* représentait par conséquent ce qu'est une de nos pages. (Horat., *Sat.*, II, 5, 53 et suiv. ; Cic., *In Verr.*, act. II, lib. 1, 36 ; Suet., *Cæs.*, 83. Voy. P. Barral, *op. cit.*, v° CERA ; A. Rich, *op. cit.*, *h. v.*, 2.) Il résulte de là que celui dont le nom était inscrit *in prima cera*, se trouvait être le premier dans le rang ou dans la dignité. (Voy. P. Barral, *op. cit.*, v° PRIMICERIUS, et Serrigny, *op. cit.*, t. I, p. 83, note 4.)

(45) Les *notarii*, à la tête desquels se trouvait un *primicerius* ou chef (voy. la note précédente), formaient la chancellerie impériale ; c'étaient des secrétaires d'Etat, tenus à un secret tellement absolu que, dans la formule qui leur est spéciale, Cassiodore (*Var.*, VI, 16) dit qu'ils doivent imiter les armoires ou casiers (*armaria*) qui contiennent les actes confiés à leur rédaction. (Voy. sur eux, au C. Th., le titre 10 du liv. VI, et, au C. Just., le titre 7 du liv. XII; Cassiod., *loc. cit.;* J. Lydus, *De magist.*, III, 9. Cf. 6, 10, 30, 66.) Les *notarii*, dont le nom vient de ce qu'ils étaient chargés de tenir des notes (*notæ*) des actes et des délibérations du *consistorium Principis* (Const. 2, *De primicer. et notar.*, C. Th., VI, 10 ; Gothof., *Ad h. Const.*, et *Ad Const.* 1, *h. titulo ;* Vales., *loc. infr. cit.*), sont tantôt appelés *notarii* tout court, tantôt *tribuni et notarii ;* on rencontre au-dessous d'eux des *domestici et notarii*, probablement attachés au service privé de l'Empereur. Immédiatement au-dessous du *primicerius*, dignité que l'empereur Jovien (363-364) occupait quand il monta sur le trône (Ammian. Marcell., XXVI, 6), se trouvait un *secundicerius* (Const. 21, *De petition.*, C. Th., X, 10), que la Constit. 2 précitée, *De primicer.*, C. Th., appelle pour cette raison, et sous forme de périphrase, « *sequens Primicerium Tribunus ac Notarius* », en lui conférant du reste la même dignité et le même rang qu'au *primicerius*. De telle sorte que les *notarii principis* (en grec βασιλικοὶ ὑπογραφεῖς) se divisaient en trois classes : 1° *primicerius* et *secundicerius* (*proconsulibus æquati*) ; 2° *notarii et tribuni* (*vicariis æquati*) ; 3° *domestici et notarii* (*consularibus æquati*). Voy. Const. 2, *De primicer.*, C. Th., *coll. cum* Const. 5, *De honorar. codicill.* (C. Th., VI, 22.) — Il y

Palatii (46). Chaque année, l'*Almanach de la cour* (47)* publiait la

---

avait aussi des *notarii prætoriani*, qui travaillaient dans les bureaux du préfet du prétoire.

Les *tribuni et notarii prætoriani* occupaient un rang intermédiaire entre le *primicerius notariorum* et les *notarii et tribuni principis*. Ils étaient, en effet, assimilés en dignité à celle des *comites Orientis sive Ægypti* (Const. 3, *De primicer.*, C. Th.), qui avaient un rang immédiatement inférieur à celui des *proconsules*. Le *tribunus prætorianorum notariorum* jouait d'ailleurs, parmi les *notarii præfecti prætorio*, le même rôle que le *primicerius*, parmi les *notarii principis*, lesquels étaient, au demeurant, employés individuellement à des missions importantes. (On trouvera la justification de toutes ces idées avec nombre de preuves à l'appui, dans Gothof., *Ad Constt.* 1, 2 et 3, *De primicer.*, C. Th.; dans Pancirol., *Notit. imp. Or.*, cap. XCII; dans Böcking, *Ad Notit. dignit. Orient.*, t. 1, pp. 268 et suiv., et dans les renvois de l'*Index rer. memorab. quæ Ammiani libris, notisque continentur*. Voir notamment la note *r* de De Valois, p. 181, col. sin., de l'édition de Gronovius, Lugd. Batav., 1693.) Nous ajouterons que le *primicerius notariorum* qui, comme on peut l'induire d'un texte (Const. 14, éd. Gothof., ou 20, éd. Hænel, *De senator.*, C. Th., VI, 2), devait lire parfois au Sénat les Constitutions impériales, était un *vir spectabilis* (*Notit. dignit.*, *locc. inf. citt.*, et Pancirol., *ubi supra*), préposé, ainsi qu'il est dit au texte, à la confection et à la tenue du registre, *laterculum majus*, où se trouvaient inscrits toutes les dignités, tous les emplois civils et militaires, tous les fonctionnaires publics, leurs charges, leurs traitements, les actes de nomination, etc., et chargé de dresser le tableau de l'état des troupes. Il tenait, en un mot, le registre général de tout l'Empire. (Voy. Böcking, *Notit. dignit. Orient.*, cap. XVI; *Occident.*, cap. XV; Pancirol., *ubi supra;* cf. Claudian., *Epithal. dict. Pallad. et Celerin.*, v. 83 sq., passage de tous points conforme à ceux de la *Notitia*, d'autant plus précieux, et d'autant moins suspect, que ce poète fut *tribunus et notarius*. Voy. M. Héguin de Guerle, *Recherches histor. sur Claudien et sur son siècle*, dans le t. 45 de la *Bibl. lat. - fr.* de Panck., spécialement l'inscription citée p. XX *in fine*.) Remarquons enfin qu'à sa sortie de fonctions, le *primicerius notariorum* était d'ordinaire nommé *magister officiorum* honoraire. (Const. 4, *De primicer.*, C. Th., et Gothof., *Ad h. Const.*, éd. Ritter, t. 2, f° 92, coll. sin. *in fine* et seq.; Novell. Theod. II, *De metat.*, XXXII, éd. Gothof., XXV, § 5, éd. Hænel; Const. 2 *in fine*, *De primicer. et secundicer.*, C. Just., XII, 7.) — Consulter sur tout ceci : P. Barral, *op. cit.*, v° PRIMICERIUS NOTARIORUM; Walter, *op. cit.*, t. 1, § 366, et Serrigny, *op. cit.*, t. 1, pp. 111 et suiv.

(46) Constt. 1, 2 et 3, *De off. quæst.*, C. Th., I, 8; Novell. XVII, *præf.* Consulter sur le *quæstor sacri palatii*, au C. Th., le titre 8 du liv. I et le tit. 9 du liv. VI; au C. Just., le tit. 30 du liv. I; Walter, *op. cit.*, t. 1, § 365; Serrigny, *op cit.*, t. 1, pp. 85 et suiv. — D'après le dernier de ces auteurs (*loc. cit.*, p. 85, n° 80), le *quæstor S. P.* avait de grands rapports avec le président de notre Conseil d'Etat actuel; Pancirole, au contraire (*Notit. imp. Or.*, cap. LXXII, p. 109, col. 2), dont MM. Guizot (*Cours d'hist. mod.*, t. 3, p. 218) et Ortolan (*Hist. de la législ. rom.*, 10e éd., p. 375, n° 90, § 475) ont suivi la doctrine (voy. aussi Walter, *loc. cit.*), en faisait une sorte de grand chancelier. Quoi qu'il en soit de ce point, ce qui est certain, c'est que le questeur impérial, dont le titre fut, on le sait, porté par le célèbre Tribonien, sous Justinien (*Præfat. Dig.* II, *De confirmat. Dig.*, § 9), à qui est même adressée la novelle XVII précitée, avait de nombreuses attributions. Initié aux pensées du Prince, organe pour ainsi dire de ses paroles (Cassiod., *Var.*, VI, 5), il se trouvait appelé à rédiger les *orationes* adressées au Sénat, à préparer les harangues et les discours de l'Empereur, et aussi, par suite d'une progression toute naturelle, les jugements à

* Voir note 47, page 406.

liste des fonctionnaires. Après que la nomination avait été faite dans le cabinet impérial, c'est à ces deux dignitaires que revenait le soin d'expédier les *Codicilli dignitatum*, lettres patentes de l'office dont le nouveau titulaire était revêtu (48), ainsi

---

intervenir. (« *Sacris judiciis præsidens.* » Const. 32 pr., *De appell.*, C. Just., VII, 62.) Il assistait au conseil impérial (Const. 5, *De fide test.*, C. Th., XI, 39; voy. *supra*, § 2, note 6); il préparait les lois (Pancirol., *Not. imp. Or.*, cap. LXXII, p. 112) et contresignait les rescrits et les ordres (*divinæ jussiones*) émanant du cabinet. (Const. 2, *De mandat. princip.*, C. Just., I, 15; Const. 7 pr., *De div. rescr.*, C. Just., I, 23; Novell. CXIV.) En un mot, tous les actes législatifs venaient confluer entre les mains de ce ministre important, à qui il appartenait encore de faire le rapport et de donner la décision sur les requêtes portées devant l'Empereur. (Symmach., *Epist.*, I, 23; IV, 50; Zosim., V, 32; Cassiod., *loc. sup. cit.*; Procop., *De bell. Pers.*, I, 24.) Comme on le voit, le *quæstor sacri palatii* était un des plus grands dignitaires de l'Empire : il figurait au rang des *illustres* (dans le *tertius ordo*) avec le *magister officiorum*, le *comes sacrarum largitionum* et le *comes rerum privatarum*. (Voy. note 28, *supra*.) La transition d'ailleurs qui s'est opérée de fonctions des anciens questeurs en celles du questeur impérial, qui, de même que les *quæstores candidati principis*, dont il a été question § 2, note 12, n'a aucun trait commun avec les *quæstores* de la République, n'a rien de surprenant. Elle nous est au surplus révélée par un fragment du Digeste (L. unic. § 4, *De off. quæst.*, I, 13) où Ulpien, auteur d'un traité spécial « *De officio quæstoris* », nous montre les *quæstores* de son temps devenus les lecteurs officiels des actes de l'Empereur. (Voir aussi le § 2 de cette loi.) On conçoit sans peine qu'ils aient plus tard été choisis, ainsi que le rapporte Cassiodore (*loc. sup. cit.*), comme rédacteurs de leur pensée, et qu'investis de fonctions éminentes, ils soient ainsi parvenus au faîte des honneurs. Ajoutons toutefois cette particularité, que le *quæstor S. P.* n'avait point d'*officium* qui lui fût propre; il prenait des secrétaires dans les autres bureaux, et tirait des *scrinia* impériaux les employés dont il avait besoin. (Böcking, *Notit. dignit. Orient.*, cap. XI; *Occident.*, cap. IX; Pancirol., *loc. sup. cit.*; Const. 13, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19; Novell. XXXV. Comp. chap. II, § 1, note 29.)

(47) *Commentarium* ou *commentarius principis* (L. 32 *in fine*, fr. *Modestin.*, *Ex quib. caus. maj.*, D., IV, 6), dont était chargé le *commentariensis*, terme qui, du reste, a plusieurs sens. (Voy. P. Barral, *op. cit.*, *h. v.*; comp. § 2, note 6, et *supra*, note 16, I.) On trouve aussi très-fréquemment dans le même sens *laterculum* ou *sacrum laterculum*. (*Ex. gr.* : Const. 1 § 7, *De offic. præf. præt. Afric.*, C. Just., I, 27; Novell. VIII, cap. I; P. Barral, *op. cit.*, v° LATERCULUM. — Comp. note 42, *supra*.)

(48) C'étaient, à proprement parler, des lettres d'installation, des diplômes contenant la nomination, analogues à nos lettres patentes ou à nos décrets de nomination. (Comp. *supra*, § 2, notes 33 et suiv.) Ils étaient blasonnés et chargés d'emblèmes peints qui expliquaient les fonctions et la dignité auxquelles ils constataient qu'on était promu. (*Insignia* et non *insigniæ*, suivant le barbarisme d'un texte de Justinien; *Edict. Justinian.*, VIII, cap. III § 4.) A chaque *dignitas*, en effet, appartenaient en propre certaines enseignes officielles, qui y étaient représentées avec le portrait de l'empereur régnant. On entourait à dessein, en toutes circonstances, de magnificence et d'un pompeux apparat les dignitaires de l'Empire, ainsi que le nombreux cortège de leurs subalternes, afin d'inspirer le plus profond respect pour les représentants de la suprême majesté. (Consulter pour les détails : Böcking, *Ueber die Notitia Dignn.*, Bonn, 1834, in-8°, pp. 91-105 et p. 134; *Notit. dignit. Orient.*, pp. 171, 172 et 262; Gibbon, *op. cit.*, chap. XVII.) Chaque fonction avait de même un uniforme (plus volontiers

que les instructions relatives au service qui allait lui incomber (49). Cela donnait lieu à la perception de droits de chancellerie, dont Justinien établit en détail une fixation précise (50). Les fonctionnaires étaient ordinairement nommés pour un laps de temps déterminé, qui était d'une année ; mais il va sans dire qu'ils avaient la perspective d'une prolongation, que l'Empereur, en fait, accordait souvent (51).

Quant aux émoluments (52), à l'époque à laquelle nous nous

---

dirions-nous une livrée, en parlant de tous ces nobles valets), modelé sur l'uniforme militaire, avec le *cingulum* (voy. § 3, note 34), fait de cuir rouge pourpre et terminé par une boucle d'or. (J. Lydus, *De mag.*, II, 13, 14.) Tous les titulaires recevaient ce ceinturon, jusqu'aux *vacantes* eux-mêmes, à la seule exception toutefois des *honorarii*. (Const. 2, *Ut dignit. ord. serv.*, C. Just., XII, 8. Comp. note 37, *supra*.)

(49) Novell. XVII, *Præfat.*; Novell. XXIV, cap. 6 pr.; Novell. XXV, cap. 6.

(50) Voy., dans la *Notitia* qui se trouve à la suite de la novelle VIII, un tarif de ces droits en 49 paragraphes. (Cette *Notitia* a été publiée par Böcking en grec avec latin en regard, dans la *Notit. dignit. Orient.*, pp. 154 et suiv.) Consulter en outre : Constt. 1 § 7, et 2 §§ 17, 20 et 24, *De offic. præf. præt. Afric.*, C. Just., I, 27 ; Novell. XXIV à XXVII inclus., *in fine ;* XXVIII, cap. 7; XXIX, cap. 5 pr., *in fine ;* XXX, cap. 11 § 1 ; *Edict. Justinian.*, VIII, cap. 3 § 4. Comp. *infra*, texte et notes 73 et suiv.

(51) Cassiod., *Var.*, VII, 2 ; cf. VI, 3, 39, et Dio Cass., LIII, 13, 14.

(52) La terminologie romaine ne nous paraît jamais avoir été bien fixée sur l'application exacte et précise à faire des mots *salarium*, *merces* et *honorarium*. Ce qui est certain, c'est que le mot *salarium* désignait originairement la paie que recevait le soldat pour se fournir de sel, et que, plus tard, il désigna toute gratification accordée soit à titre gratuit, soit à titre d'indemnité, de récompense, de rémunération. (Voy. Plin., *Hist. nat.*, XXXI, 7 [41] ; XXXIV, 3 [6] ; Suet., *Tib.*, 46 ; *Nero*, 10 ; Tacit., *Agric.*, 42; Trebell. Pollio, *Claud.*, 14 et 15 ; Vopiscus, *Aurelian.*, 9; L. 8 § 23, fr. Ulp., *De transact.*, D., II, 15 ; L. 52 § 8, *id.*, *Pro socio*, D., XVII, 2; L. 4, fr. Paul., *De extraordin. cognit.*, D., L, 13. Voy. *supra*, note 16, II, et Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. VIII, nos 1 et suiv.) Ce qui n'est pas davantage douteux, c'est que la rémunération des *liberales operæ* (L. 26 pr., fr. Alfen. Varus, *De oper. libert.*, D., XXXVIII, 1 ; ou *liberalia studia :* L. 1 pr., fr. Ulp., *De extraord. cognit.*, D.; C. Th., XIV, 9 ; Festus, lib. XVII, v° SCHOLÆ, éd. Panck. ; Senec., *Ep.*, 88 ; on trouve aussi *liberales artes vel disciplinæ :* voy. Salvian., *De gub. Dei*, 7, p. 149, éd. 1688, 4 ; Senec., *eod.*), se poursuivait par voie d'*extraordinaria cognitio*. (L. 1, *passim*, *De extraord. cognit.*, D.) — Mais, ce qui est beaucoup plus ambigu, c'est de savoir au juste quelles sont les personnes aux traitements desquelles était réservé le terme *honorarium*. Quant à nous, nous n'avons rencontré sur ce point qu'incertitude et contradiction dans les documents. (Comp. entre eux les textes suivants, en y joignant ceux précédemment cités : Cic., *De offic.*, 1, 42 ; Senec., *De benef.*, VI, 11, 15, 16, 17 ; Capitol., *Anton. Pius*, 11 ; Spartian., *Pescenn.*, 7; Lamprid., *Alex. Sev.*, 42 ; L. 1 pr. et § 1 *in fine*, fr. Ulp., *Si mensor fals. mod. dixerit*, D., XI, 6; L. 38 § 1, fr. Paul., *Loc. cond.*, D., XIX, 2 ; L. 1, *De extraord. cognit.*, D.; L. 3, fr. Ulp., *De proxenet.*, D., L, 14; Const. 1 § 2, *coll. cum pr.*, *De medic. et professor.*, C. Th., XIII, 3 ; Const. 13 § 9, *De judic.*, C. Just., III, 1 ; Const. 6, *De professor. et medic.*, C. Just., X, 52; *Pragmat. sanctio pro petit.* Vigil., cap. 22.) Voy., sur toute cette matière, M. Maynz, *op. cit.*, t. 2,

trouvons, au lieu d'être payés en nature (53), ils consistaient en traitements fixes sur la caisse de l'Etat (54). — Remarquons enfin qu'il existait jusqu'à des prescriptions légales concernant les fonctionnaires de haut rang, eu égard à la prérogative à laquelle ils avaient le droit de prétendre, de recevoir des salutations ou des visites honorifiques ou officielles, ainsi qu'au cérémonial qu'on

---

pp. 246 et suiv., notes 2, 3 et 4. — Indépendamment des trois termes indiqués, on rencontre encore, fonctionnant dans le sens d'émoluments, de salaires, de traitements, d'appointements, d'honoraires en argent, etc., les locutions *emolumentum*, *honoraria summa* (L. 1 § 12, *De extraordin. cognit.*, D.), *commoda* (Frontin., *De aq.*, 118), et autres analogues, tels que *solatium*, *pretium*, etc. (Const. unic., *De annon. et capitat. administr.*, C. Just., I, 52; Const. 5, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16; Const. 4, *De domest. et protector.*, C. Just., XII, 17. — Comp. *infra*, chap. III, § 3, note 9.)

(53) Les traitements en nature s'appelaient *annonæ* tout court. C'est ce que prouve la Const. 35, *De erogat. milit. annon.* (C. Th., VII, 4), qui oppose ce terme à *ærariæ annonæ*, traitements pécuniaires. (Comp. *infra*, note 87 ; voy. aussi Lamprid., *Alex. Sev.*, 42, qui oppose ce terme à *salarium*.) Nous rencontrons ici une nouvelle preuve de la tendance, déjà signalée dans le cours de notre § 3, qu'on avait d'assigner aux institutions civiles des expressions ressortissant proprement au domaine militaire. Il y avait, en effet, trois sortes d'*annonæ*, ainsi que nous l'apprennent positivement les empereurs Valentinien et Valens, qui distinguent de la façon la plus claire ANNONA MILITARIS, *quæ militibus;* PALATINA, *quæ officialibus palatinis;* POPULARIS (CIVILIS ou CIVICA), *quæ civibus Romanis erogabatur*. (Const. 7, *De annon. civic.*, C. Th., XIV, 17; Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. I, nos 58 et suiv. — Voy. aussi P. Barral, *op. cit.*, vo ANNONA, et M. G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, vis ANNONA, ANNONA CIVICA, etc...)

(54) « *Fixus ac stabilis modus.* » (Const. unic., *De annon. et capitat. administr.*, C. Just., I, 52 ; *junge* Const. 15, *De erogat. milit. ann.*, C. Just., XII, 38. — Ces deux constitutions, en transformant les prestations en nature en une somme d'argent, supprimèrent, par là même, l'*ornatio* dont Trebellius Pollion, *Claud.*, 14 et 15, et Lampride, *Alex. Sev.*, 42, nous font une description des plus curieuses.) — On ajoutait d'ordinaire au traitement une somme de..., variable suivant les grades, pour le fourrage. On en trouvera des exemples dans les textes ci-après : Const. 1 §§ 4 et 8; Const. 2 §§ 18, 19 et 23, *De offic. præf. præt. Afr.*, C. Just., I, 27 (consulter l'*Essai de restitution* de ces deux lois par M. R. Dareste, dans la *Revue de législ. anc. et mod., fr. et étr.*, 1873, pp. 42 et suiv.); Novell. XXIV à XXVI inclus., *in fine ;* XXVII à XXX inclus., *passim.; Edict. Justinian.*, IV, VIII, XIII, *passim*. Ce supplément s'appelait *pro capitu*. (Brisson., vo CAPUT.) — Comp. *infra*, note 87. — Pour les voyages nécessités par les besoins de leur charge, les titulaires se servaient des postes publiques. (Voy. *sup.*, § 2, notes 6 et 17; § 4, note 21.) Il convient toutefois d'ajouter que, pour beaucoup de fonctions, la loi fixait le nombre des *evectiones* annuelles, c'est-à-dire le nombre de fois qu'on avait le droit de voyager aux frais de l'Etat. Et c'est précisément à ce sujet que se rapportent les chiffres contenus dans presque tous les §§ 3 des chapitres de la *Notitia dignitatum Orientis*, et qui, jusqu'à ces derniers temps, étaient demeurés à l'état d'énigmes. A Böcking revient l'honneur d'en avoir découvert le sens. (Voy. t. I de son édit. de la *Notitia*, *Argum. explic.*, p. XIV, 3, et pp. suiv.) Parfois aussi les fonctionnaires recevaient ce que l'on appelait des *tractoriæ*, manière de diplômes qui leur permettaient de voyager gratis et qui contenaient l'indication de stations déter-

y devait déployer (55). Bien mieux : la loi poussait sa sollicitude jusqu'à indiquer les personnes qui étaient autorisées (56) à leur présenter leur respect en les embrassant (57) !

Il ne nous reste plus à présent, pour avoir une vue d'ensemble complète sur le fonctionnement général des différents pouvoirs administratifs, qu'à donner une idée succincte des *officia* (58), et qu'à jeter un coup d'œil rapide sur leur agencement, leur composition et leurs démembrements (59). L'étude sommaire de ce sujet nous semble s'imposer à nous avec d'autant plus de nécessité, que les *officia* adjoints aux différentes fonctions formaient

---

minées, *stativa*. (Voy., au C. Th., le titre 6 du liv. VIII, et, au C. Just., le tit. 52 du liv. XII.) — Consulter, sur tout ce qui précède, P. Barral, *op. cit.*, v° EVECTIO.

(55) Const. 16, *De offic. vicar.*, C. Th., I, 15; Const. 1, *De præfect. præt.*, C. Th., VI, 7; Const. unic., *De præpos. sacr. cubic.*, C. Th., VI, 8; Const. unic., *De comit. vacant.*, C. Th., VI, 18; Const. 5, *De proxim.*, C. Th., VI, 26. La loi attachait une grande importance à la *reverentia* ou à *l'honorificentia* due par les inférieurs aux supérieurs. (Const. 5, *De offic. rect. provinc.*, C. Just., I, 40; Const. 2, *De offic. divers. judic.*, C. Just., I, 48.) Aussi la voyons-nous frapper d'une amende de trois livres d'or (3.240 fr.) ceux qui négligent de se mettre en règle avec leurs obligations de respectueuse déférence. (Const. 3, *De offic. divers. judic.*, C. Just.; Const. 2, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19.) Il ne devait pas être d'ailleurs bien difficile, en parlant ou en écrivant aux personnes titrées, de leur donner le titre ou le rang qui leur appartenaient, à en juger par la multiplicité des termes mis au service des inférieurs qui s'adressaient aux *viri illustres*, puisqu'on les appelait indifféremment soit *Excellentissimi*, *Sublimissimi*, *Gloriosissimi*, *Magnifici*, soit *Vestra* ou *Tua celsitudo*, *excellentia*, *sublimitas*, *sublimis auctoritas*, *gloria*, *magnificentia*, *magnitudo*, *sinceritas*, *eminentia*. (Voy. *infra*. Comp. Pancirol., *Notit. imp. Or.*, cap. II, p. 15, col. 2.) Pour les *viri spectabiles*, il est vrai, il n'existait à notre connaissance que la formule *Spectabilitas tua* (Const. 2, *De apoch. publ.*, C. Just., X, 22); mais, en ce qui concerne les *viri clarissimi*, on pouvait de nouveau choisir entre les trois termes *Claritas*, *Gravitas* ou *Sinceritas*. (Voy. Novell. XXXII, *Epilog.*; — Const. 1, *De offic. comit. rer. privat.*, C. Just., I, 33; Const. 3, *De pedan. judic.*, C. Just., III, 3; — Const. 9, *Ubi causæ fiscal.*, C. Just., III, 26.) On trouve aussi ce dernier titre appliqué au *præfectus prætorio* (Const. 35 pr. et § 1, *De cursu publ.*, C. Th., VIII, 5) et au *præfectus urbi* (Const. 22 pr., *eod.*), par conséquent à des *viri illustres*. — Comp. *supra*, note 39.

(56) Il y a, comme on le voit, dans cette autorisation, analogie avec ce que nous avons dit de l'adoration impériale. (Voy. *supra*, note 17, p. 391 *in fine*.)

(57) Const. 4, *De domestic. et protector.*, C. Th., VI, 24; Const. 109, *De decurion.*, C. Th., XII, 1; Const. 1, *De domest. et protector.*, C. Just., XII, 17.

(58) Du mot latin *officium*, pris dans l'acception où il est envisagé au texte, peut être rapproché avec une complète exactitude, nous semble-t-il, le terme « *Office* », si courant en Angleterre. Les *officia*, dont nous nous occupons ici, constituaient, en effet, de véritables agences. A leur tête se trouvaient le *magister officiorum*, dont nous avons parlé (note 21, *supra*), ainsi que des *principes officiorum*. (Lamprid., *Alex. Sev.*, 32 *in init.*)

(59) Voy., sur cette matière, Walter, *op. cit.*, t. 1, § 404.

une partie importante de l'administration (60). Elle rentre, au surplus, directement dans le cadre de notre matière, et cela à un double titre : d'une part, parce que toute l'organisation dont nous allons parler avait conservé, dans ses formes et dans ses titres, les caractères d'une origine militaire (61), et qu'elle portait aussi le nom de *militia ;* d'autre part, parce qu'au nombre même des *officia* qui vont faire l'objet de notre examen, se rencontraient certaines fonctions qui, pouvant être achetées, se trouvaient ainsi susceptibles d'être vendues, et qui étaient à la fois vénales et héréditaires : c'étaient précisément les *militiæ venales* (62).

Chaque *officium* se composait de certaines divisions destinées à répondre en partie aux diverses branches des affaires ; chacune de ces divisions constituait un *scrinium* ou bureau spécial (63),

---

(60) Voy. Bethmann-Hollweg, *Gerichtsverfassung*, § 15.

(61) Voy. nos §§ 3 et 4, *passim*, et spécialement p. 372, *β*.

(62) Voy. les textes cités aux notes 1 à 4 inclus., *supra*. Comp. *infra*, notes 88 et 91. *Junge :* Const. 10, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4; Const. 6 § 3, *De advoc. div. judic.*, C. Just., II, 8; Const. 30 § 2, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28; Const. 20 pr., *De collat.*, C. Just., VI, 20; Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14, et Authent. *Quod obtinet, eod.;* Const. 5, *Qui milit. poss.*, C. Just., XII, 34; Novell. XXXV; LIII, cap. 5; XCVII, cap. 4; CXXXVI, cap. 2. Cf. Const. 4, *De domest.*, C. Just., XII, 17; Constt. 7 et 11, *De prox. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. — Voy. Brisson., v° MILITIA. — Sur la locution *militia venalis*, voy. l'observation faite ci-dessus, note 1 de l'avant-propos.

(63) Dans son sens primitif, *scrinium* désignait une boîte ou cassette, un coffre ou coffret de forme circulaire et cylindrique (Plin., *Hist. nat.*, XVI, 84), où l'on serrait, où l'on rangeait et où l'on gardait des livres, des papiers, des lettres (Sallust., *Catilin.*, 46 *in fine ;* Horat., *Epist.*, II, 1, 113 ; nous dirions aujourd'hui portefeuille), ou bien d'autres objets portatifs, comme des parfums. (« *Unguentorum scrinium* »; Plin., *Hist. nat.*, VII, 30.) Voy. A. Rich, *op. cit.*, v° SCRINIUM. — Par extension, ce nom fut donné à la pièce même où les archives publiques étaient conservées, et il devint, sous l'Empire, le nom de la corporation, *schola* (voy. *infra*, note 65), du service spécialement affecté au dépôt et à la garde de ces pièces. (Voy. P. Barral, *op. cit.*, v° SCRINIA.)

Au début de l'Empire, s'il n'y avait pas, sans doute, de chancellerie proprement dite, du moins la fraction civile de la cohorte prétorienne comprenait-elle, outre les courtisans et les serviteurs du prince, divers bureaux, *officia* ou *scrinia*, chargés de recevoir les communications concernant les affaires personnelles de l'Empereur et de transmettre ses ordres et ses résolutions aux parties intéressées. (Voy. M. Naudet, *La cohorte du préteur et le personnel admin. dans les prov. rom.*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1870, 3e trim., t. 93, pp. 5-42, 381-403 ; le même, *Des révolutions de l'emp. rom.*, broch., 1875, p. 17. — Comp. note 16, I, *in fine*, *supra*.) Ces bureaux, toutefois, n'étaient, à l'origine, que des institutions privées du palais, dont le prince remettait la direction à ses hommes de confiance pris parmi ses affranchis. (Tacit., *Ann.*, XVI, 8 ; Suet., *Claud.*, 28 ; *Domitian.*,

composé d'auxiliaires et de subordonnés qui lui étaient affectés

---

14; Stat., *Silv.*, V, 83 et seqq.; Orelli-Henzen, nos 1641, 1727, 2997, 3197, 6350; cf. Tacit., *Hist.*, I, 58; Suet., *Domitian.*, 7.) Le palais était, en effet, le centre commun où venaient confluer toutes les affaires. Aussi avait-il été, de bonne heure, encombré d'une multitude d'esclaves et d'affranchis chargés de missions multiples, et dont les titres, par suite, variaient à l'infini. (On en trouvera un grand nombre dans les 254 inscriptions du chapitre IX du recueil d'Orelli. Sous le n° 2974, le savant épigraphiste a placé un résumé des titres qui accompagnent les noms propres dans le *columbarium* des esclaves et des affranchis d'Auguste et de Livie, où se trouvaient plus de trois cents noms. [Voy. Gori, Florence, 1727.] Cf. Stat., *Silv.*, III, 3, 86 et seqq. Voy. aussi M. Egger, *Mémoires d'hist. anc. et de philologie*, Paris, 1863, pp. 220 et suiv.)

A l'époque où la sphère des attributions impériales se fut agrandie dans des proportions considérables, on jugea convenable de classer au moins une partie de ces bureaux parmi les rouages officiels de l'administration centrale. Cette réforme nous paraît pouvoir être rattachée au règne d'Hadrien, qui, le premier, appela des chevaliers romains dans deux des *scrinia* déjà existants, le *scrinium ab epistolis* et le *scrinium a libellis* (Spartian., *Hadrian.*, 22), et que nous savons avoir opéré en cette matière d'autres innovations encore qui subsistèrent longtemps. (Voy. le passage d'Aurel. Vict. cité note 8, *supra*. — Il convient d'observer ici qu'avant Hadrien, Vitellius avait déjà confié les charges du palais à des chevaliers : Tacit., *Hist.*, I, 58; cf. Plut., *Oth.*, 9. Domitien avait fait de même [Suet., *Domitian.*, 7], et Titinius Capito, illustre chevalier romain, ami de Pline le Jeune, qui fut décoré des ornements prétoriens et préfet des vigiles [Plin., *Epist.*, I, 17; V, 8; VIII, 12], fut *ab epistolis* sous ce prince, sous Nerva et Trajan [Kellerm., *Vigil.*, n° 7]. Mais ce n'était là qu'une exception; la règle rappelée par Spartien ne fut établie que par Hadrien; voy. Borghesi, V, pp. 14 et suiv.) Peut-être même est-ce cet empereur qui est le créateur du *scrinium a memoria;* ce qui est certain, c'est que le jurisconsulte Paul y figura, de même qu'Ulpien fut membre du *scrinium a libellis* (Spartian., *Pescenn.*, 7; cf. Lamprid., *Alex. Sev.*, 26); avant Ulpien, Epaphrodite, mis à mort par Domitien, avait fait partie de ce même *scrinium* sous Néron (Suet., *Domitian.*, 14; cf. *Nero*, 49); et, sous Claude, le nom de Narcisse figure dans les fastes du *scrinium ab epistolis*. (*Id.*, *Claud.*, 28.)

Tels sont donc les trois grands *scrinia*, que l'on rencontre seuls encore au troisième siècle, sous Alexandre Sévère (Lamprid., *Alex. Sev.*, 31), pour ne pas parler de tous les autres, parmi lesquels on peut citer le *scrinium a rationibus*, qu'Hadrien laissa subsister comme office séparé de l'administration de l'Etat, et auquel ressortissaient les finances particulières de l'Empereur (Tacit., *Ann.*, XV, 35; XVI, 8; Suet., *Claud.*, 28), ainsi que les *officia* ou *scrinia a diplomatibus, a codicillis* (Orelli-Henzen, nos 2795, 2902, 2917, 5009), et enfin l'*officium a voluptatibus*, à la tête duquel Tibère, en l'imaginant, plaça un chevalier romain. (Suet., *Tib.*, 42 *in fine*.) La détermination certaine et précise des attributions de ces bureaux offre d'ailleurs des difficultés réelles, pour ne pas dire de véritables impossibilités. — Tout ce que l'on peut se permettre d'avancer, c'est qu'à partir d'Hadrien les *scrinia* occupèrent un rang élevé dans la hiérarchie administrative, et que leurs différents préposés, qui s'appelaient *magistri officiorum*, *magistri* ou *principes scriniorum* (Trebell. Poll., *Gallien.*, 17; Spartian., *Hadrian.*, 11; Lamprid., *Alex. Sev.*, 15 *in fine* et 26), furent bientôt élevés au grade de hauts fonctionnaires et de grands dignitaires. C'est pourquoi l'on voit des personnages distingués porter ce titre. Ainsi, sous Hadrien même, l'historien Suetonius Tranquillus fut *magister epistolarum* (Spartian., *eod.*), et l'on sait que les *magistri libellorum* étaient souvent pris parmi les jurisconsultes, pour lesquels cette position était un acheminement vers la préfecture du prétoire. Un double exemple de

en propre (64)*. A côté de l'*officium*, se trouvaient différentes

---

ce fait nous est fourni par Papinien et par Ulpien. (Comp. *infer.*) On peut du reste généraliser et dire que la fonction de *magister* de l'un des trois *scrinia* était pour les jurisconsultes le seuil de la préfecture du prétoire ; l'exemple de Paul, qui fut *magister* du *scrinium memoriæ*, nous paraît y autoriser.

Quant aux employés des *scrinia*, ils portaient le nom général de *scriniarii* (Orelli, n° 2953), parfois avec l'adjonction du nom particulier au *scrinium* spécial auquel ils étaient attachés. (*Ex. gr.* : *scriniarius ab epistulis*, Henzen, n° 6350.) J. Lydus (III, 31) écrit toutefois que, si le terme *scrinium* fut en usage dans le sens que nous savons, avant Constantin, il n'en fut pas de même du mot *scriniarii*. — Voir, sur tout ce qui vient d'être dit : Walter, *op. cit.*, t. 1, § 276, p. 426 ; Maynz, *op. cit.*, t. I, n° 147, pp. 247 et suiv.

Au Bas-Empire, la chancellerie impériale a reçu de nouveaux développements. Aux trois *scrinia memoriæ*, *libellorum* et *epistolarum* vient s'ajouter le *scrinium dispositionum*, que l'on rencontre pour la première fois dans une constitution de l'empereur Julien, datée de l'an 362. (Const. 1, *De proxim.*, C. Th., VI, 26; voy. Gothof., *Ad h. Const*; Pancirol., *Notit. imp. Or.*, capp. LXV, XCIII et XCVII, p. 152; Böcking, t. 1, pp. 38 et 236, nott. 15 et 16; M. Guizot, *Cours d'hist. mod.*, t. 3, p. 216. — La *Notitia dignit. Orient.* de Böcking mentionne ce *scrinium* dans son chapitre X, de même que la *Notit. dignit. Occident.* dans son chapitre VIII, où il est traité du *magister officiorum*, mais non dans son chap. XVII, consacré au *magister scriniorum*, bien que cependant, en ce dernier endroit, la *Notitia Orientis* compte aussi quatre *scrinia ;* mais cela tient à ce qu'elle subdivise le *scrinium epistolarum* en deux sections, *epistolarum latinarum* d'une part, et *græcarum* de l'autre. Du reste, dans l'énumération des *scrinia* que font les textes même postérieurs à 362, il n'est pas rare de voir passé sous silence le *scrinium dispositionum* : voy., en ce qui conterne le C. Th., Gothof., *Ad tit. De proxim.*, PARATITL., I, et, pour ce qui est du C. Just., les Constt. 5, 6, 10 pr., et 15, *De proxim. sacr. scrin.*, XII, 19 ; Const. 10, *De div. off.*, XII, 60, dans la *Notitia* de cette constitution. Nous avons indiqué ci-dessus, § 3, note 25, d'autres constitutions où une mention plus complète se trouve faite.)

Ici, comme dans la première phase du développement des *scrinia*, il est d'une extrême difficulté de préciser exactement les matières dont chacun de ces bureaux avait à s'occuper. Le chapitre XVII de *Notitia dign. Or.* nous indique très-sommairement les attributions des *magistri scriniorum :* nous y renvoyons, ainsi qu'au commentaire de Böcking sur ce chapitre. (T. 1, pp. 271 et suiv.; cf. *Notitia dignit. Occid.*, cap. XVI, *ibiq.* Böcking, t. 2, pp. 411 et suiv.) On peut dire d'une manière générale que la mission des quatre *scrinia* consistait à recevoir les requêtes (*preces* ou *supplicationes*, par lesquelles on sollicitait un rescrit sur une difficulté), les placets (*libelli*), venant du dehors ; à instruire les affaires dont l'Empereur devait connaître, soit seul, soit avec son conseil, et à faire parvenir aux intéressés les résolutions prises. Nous ajouterons qu'il semble ressortir de plusieurs textes du Code de Justinien que les affaires contentieuses, portées devant l'Empereur en première instance (*cognitiones*), rentraient dans la compétence du *scrinium libellorum et cognitionum*, et que les instructions sur appel étaient faites par le *scrinium epistolarum et consultationum*. (Voy. Const. 2 § 9, *De veteri jure enucl.*, I, 17; Const. 3 pr., *Ubi senator.*, III, 24 ; Const. 32 §§ 2, 3 et 4, et Const. 37, *De appellat.*, VII, 62 ; Const. 3, *De tempor. et reparat. appellat.*, VII, 63 ; *junge :* Const. 15, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19, et Novell. XX, *Præfat.*, et cap. 9.) Mais, qu'on veuille bien le remarquer : les quatre *scrinia* n'administrent ni ne décident rien ; ils se bornent à préparer et à instruire les affaires, et,

* Voir note 64, page 415.

scholæ (65)*, à la tête desquelles étaient placés des *Comites*

---

par conséquent, on ne saurait, sans erreur, les considérer, ainsi qu'on l'a fait parfois, comme des autorités analogues à nos départements ministériels.

A la tête de chacun des trois *scrinia epistolarum*, *libellorum* et *memoriæ*, se trouvait un *magister*, chef de bureau (*Notit. dignit. Or.*, cap. XVII; *Occident.*, cap. XVI; C. Th., VI, 11; C. Just., XII, 9), auquel venait s'adjoindre, en Orient, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, un *magister epistolarum græcarum*. (Voy. aussi Eunap., *In Nymphidiano*, p. 177, éd. Commelin.) Telle est du moins l'opinion de Godefroy, qui ne voit dans les *magistri scriniorum* que des chefs d'une seule division, et qui soutient que le supérieur unique de toutes ces divisions était le *magister officiorum*. (Gothof., *Ad tit. C. Th. De magist. scrin.*, et *Ad tit. De proxim.*, *Paratitl.*, II.) Tel est aussi l'avis de M. Serrigny. (*Loc. infr. cit.*) Tel est également le sentiment auquel nous nous sommes nous-même rangé. (Note 21, *supra*, p. 395 *in fine*, 4°. Outre la *Notitia*, *locc. citt.* à cette note, on peut citer, avec Godefroy, les *inscriptiones* des treize constitutions par lui indiquées dans le second des deux passages auxquels nous renvoyons. — Voy. encore dans le même sens : Böcking, *Ad notit. Orient.*, t. 1, p. 236, 15; *Occident.*, t. 2, p. 305 *in init.*; MM. Walter, *op. cit.*, t. 1, p. 540; Egger, *Mémoires d'hist. anc. et de philologie*, p. 222 *in init.*, et Klipffel, *op. cit.*, dans la *Nouv. rev. hist.*, 1879, p. 580, note 5.) Pour Saumaise, au contraire, il y avait à la tête de tous les *scrinia* un chef unique, appelé *magister scriniorum*, intermédiaire entre eux et le *magister officiorum*. (Salmas., notes sur le chap. 31 de la *Vie d'Alexandre Sévère*, par Lampride, et sur le chap. 8 de la *Vie de Carus*, par Vopiscus.) Mais ce système est, à nos yeux, condamné par plusieurs inscriptions dans lesquelles il est fait mention d'un *magister libellorum et cognitionum sacrarum* (Orelli, n° 2352), d'un *magister memoriæ* (Orelli, *eod.*, et n° 3192), et d'un *magister epistularum* (Orelli, n° 2352), ce qui prouve bien que chaque division des *scrinia* se trouvait sous la direction d'un *magister* spécial. On trouvera deux nouvelles confirmations de cette idée dans Spartien (*Ælius Verus*, 3) et dans Lampride (*Alex. Sev.*, 31).

Quoi qu'il en soit de ce point, les *magistri scriniorum* (en grec ἀντιγραφεῖς), dont nous savons que Papinien et Ulpien remplirent les fonctions (Aurel. Vict., *De Cæsar.*, XX *in fine*; Lamprid., *Alex. Sev.*, 26; comp. *super.*), étaient revêtus d'une haute dignité : car, après avoir commencé par être, sous Constance, inférieurs aux *vicarii* des préfets du prétoire, ou sous-chefs d'un diocèse, ils eurent le pas sur eux en 372, sous Valentinien, Valens et Gratien (Const. unic., *De mag. scrin.*, C. Th., VI, 11); créés même les égaux des proconsuls sous ces princes, on voit, par l'ordre des chapitres de la *Notitia*, qu'ils leur devinrent bientôt supérieurs.

Quant au *scrinium dispositionum*, il n'avait point de *magister*, ou du moins cette dénomination, en ce qui le concerne, n'était pas technique, ainsi que le montre l'unique mention qui est faite des *magistri dispositionum* dans la Constitution 2, *De proxim.* (C. Th., VI, 26. — Cf. *Notit. Orient.*, cap. X § 1, A, c, et cap. XVII; *Occident.*, cap. VIII § 1, A, b, et cap. XVI; Cujac., *Ad tit.* XIX, lib. XII, C. Just., *Proœm.*, *Opp.*, t. 8, col. 364; voy. cependant Gothof., *Ad Const. unic.*, *De mag. scrin.*, C. Th., et *Ad tit. C. Th. De proxim.*, *Paratitl.*, VI.) Son président ou directeur s'appelait *comes dispositionum*. (*Ex. gr.* : Rubr. et Constt. 10, 12, 18, *De proxim.*, *comit. disposit.*, C. Th.; Const. unic., *Qui a præbit. tir.*, C. Th., XI, 18; Const. 8, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just.; *unde* : *comitiva dispositionum*, Const. 18 [12], *De senator.*, C. Th., VI, 2, ou *comitiva primi dispositionum*, Const. 14 pr., *De proxim.*, C. Th. — Le terme *primus dispositionum*, qu'on rencontre dans cette dernière constitution, n'est pas non plus technique.) Ce fonctionnaire n'avait pas le même rang que les *magistri* des trois autres

* Voir note 65, page 415.

et tribuni (66) *, et dont l'utilité pratique apparaîtra bientôt.

---

scrinia, mais seulement celui des *proximi*, dont il partageait les droits et le grade. (Const. 18 [12], *De senator.*, C. Th.; Constt., 2, 10, 12, 14 pr., *De proxim.*, C. Th.; Const. unic., *Qui a præbit. tir.*, C. Th.; Const. 4, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just.; voy. *infer.*) — Comme le *scrinium dispositionum* ne possédait pas techniquement de *magister*, il ne pouvait pas avoir de *proximus*, quoique Tribonien ait, par erreur, fait dire le contraire à Gratien, Valentinien et Théodose, dans la Constit. 1, *De proxim. sacr. scrin.* (C. Just.), ce terme désignant toujours, comme nous allons le voir, l'employé le plus proche du *magister* (*proximus magistro*); on conçoit, par là même, que son *comes* ait eu sous ses ordres des *priores dispositionum* (Const. 10, *De proxim.*, C. Th.), au lieu de *proximi*, comme les *magistri* des trois autres *scrinia*. — Ajoutons, comme dernière particularité spéciale à ce *scrinium*, qu'il ne jouissait pas, à l'origine, des privilèges accordés aux trois *scrinia epistolarum*, *libellorum* et *memoriæ*. Trois choses en témoignent; c'est d'abord la Const. 3 pr., *De privileg. eor.*, *qui in sacr. palat. milit.* (C. Th., VI, 35); — c'est ensuite l'interpolation dont elle a été l'objet, dans sa reproduction très-imparfaite au Code de Justinien (Const. 2, *eod. tit.*, XII, 29), interpolation qui s'accuse, si l'on confronte l'original avec la copie, par l'adjonction dans cette dernière des deux mots *sacrarumque largitionum*, qui ne pouvaient évidemment pas figurer dans le texte primitif, puisqu'il appartient à Constantin, et est daté de l'année 319, par conséquent se trouve de quarante-trois ans antérieur à la première apparition que nous ayons rencontrée du *scrinium dispositionum* dans les constitutions impériales (voy. *supra*); les *comites dispositionum* reçurent d'abord les privilèges accordés aux *proximi* des autres *scrinia*; les *priores* se les virent ensuite concéder; — c'est, finalement, que le *scrinium dispositionum* ne fut mis sur le même pied que les précédents que par Arcadius et Honorius. (Constt. 7, 8, 9, 10 et 12, *De proxim.*, C. Th. — Cf., sur ce *scrinium*: Gothof., *Ad Const.* 1, *De proxim.*, C. Th.; Gutherius, III, 6, sq.)

Mis à part ce bureau, au-dessous des *magistri* des trois autres *scrinia*, venaient des *proximi scriniorum* (Constt. 2, 4, 6, 10, 13, 17 pr., et 18, *De proxim.*, C. Th.; cf. Const. 11, *eod.*, où ils sont appelés *in capite constituti*), ainsi nommés de ce qu'ils arrivaient immédiatement après les *magistri* et comme seconds en dignité. (C. Th., VI, 26; C. Just., XII, 19.) Il y avait un *proximus* par chaque *scrinium*. Ces *proximi* occupaient encore un rang très-élevé, puisqu'ils étaient assimilés aux *vicarii* des provinces. (Const. 18 [12], *De senator.*, C. Th.; Constt. 2, 4, 10, 11, 17 pr., *De proxim.*, C. Th.; Const. 19, *De palat. sacr. larg.*, C. Th., VI, 30; Const. 1, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just.)

On rencontre après les *proximi* (*proximis proximi*) les *melloproximi* (du grec μέλλω, être sur le point de .....; Constt. 16 et 17 § 1, *De proxim.*, C. Th.), titre porté par ceux qui devaient être *proximi* l'année suivante, la *proximatus dignitas* étant annale (Constt. 11 et 17 pr., *De proxim.*, C. Th.; Const. 6, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just.); les *adjutores* du *proximus*, les *laterculenses primates*, les *exceptores*, les *antiquarii*, les *adjutores quæstoris*, enfin toute la foule des *librarii* et *scriptores*, *memoriales*, *libellenses*, *epistolares*, *pragmaticarii*. — Le service de tous ces employés était, comme nous l'avons déjà vu, assimilé à une sorte de milice; aussi étaient-ils réputés *militare in sacris scriniis*, à l'instar des fonctionnaires du palais, qui étaient appelés indifféremment *palatini* ou *militantes in palatio*. (Voy. *supra*, § 3, notes 28 à 32 inclus.)

Terminons, en disant que tous ces officiers étaient compris sous la dénomination générale de *statuti* (employés en place ou en activité, par opposition aux *supernu-*

* Voir note 66, page 416.

Elles se composaient d'employés nommés *scholares* (67)*, desti-

---

merarii, surnuméraires, qui attendaient une vacance, pour passer au rang de *statuti;* Constt. 7 et 10 pr., *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just. — Voy. *infra*, note 72, et chap. II, § 2.) — La dernière des deux constitutions indiquées nous apprend en même temps que le nombre des *statuti memoriales* ne devait pas être supérieur à 62, dans le *scrinium memoriæ*, à 34, dans chacun des deux *scrinia epistolarum* et *libellorum ;* que les *antiquarii* (copistes de vieux manuscrits) du *scrinium memoriæ* ne pouvaient pas être moins de quatre, et enfin qu'il était absolument interdit à tout officier de se faire attacher à deux *scrinia*, et de cumuler ainsi les bénéfices de deux charges. (Voy. *infra*, chap. II, § 2.)

Notons, en dernier lieu, qu'il ne faudrait pas croire que l'Empereur seul eût des *scrinia;* les bureaux impériaux, en effet, auxquels un texte fort curieux nous prouve qu'on envoyait certains renseignements touchant les personnes (Const. 1, *De stud. liberal. urb. Rom. et Constantinop.*, C. Th., XIV, 9), se rattachaient d'une manière plus intime et plus secrète à la haute administration centrale; mais la même division en *scrinia* se retrouve dans toutes les administrations soumises aux grands fonctionnaires de l'Empire, *officia* ou *militiæ*. (Voy. le titre *De diversis officiis*, C. Th., VIII, 7; C. Just., XII, 60 ; consulter aussi C. Just., titt. 50, et 53 à 59 inclus., lib. XII.)

Consulter sur toute cette matière : Gothof., *Ad titt. De prox.; De mag. scrin.; De numerar., Paratit.*, III ; C. Th., VI, 26 et 11 ; VIII, 1 ; *Index rer. et verb. C. Th.*, vis SCRINIA MEMORIÆ, etc., *et seqq.;* Cujac. et Donell., *Opp.*, *Indic.*, vis SCRINIA, SCRINIARII ; P. Barral, *op. cit.*, vis MAGISTER DISPOSITIONUM SCRINII, EPISTOLARUM, LIBELLORUM, MEMORIÆ, SCRINIORUM ; SCRINIA, SCRINIUM EPISTOLARUM, etc. ; Böcking, *locc. sup. citt.* et *Notit. dignit. imp. Or.*, t. 1, pp. 236 et seq., nott. 15 et 16 ; *Occid.*, t. 2, p. 305 *in init.;* Walter, *op. cit.*, t. 1, § 366, p. 542 ; Naudet, *Des changemens opérés dans toutes les parties de l'empire romain*, etc., Paris, 1817, t. 1, pp. 94, 224 et suiv. ; Serrigny, *op. cit.*, t. 1, nos 89 et suiv., pp. 92 et suiv. ; A. Rich, *op. cit.*, vo MAGISTER, 6 ; Egger, *Mémoires d'hist. anc. et de philologie*, pp. 220 et suiv. ; Willems, *op. cit.*, p. 310 *in initio;* Maynz, *op. cit.*, t. 1, no 208, p. 312, et no 216, p. 320 ; E. Duval, *Des milices*, thèse pour le doctorat, pp. 25 et suiv. ; le même, *Des milices sous le Bas-Empire*, dans la *Rev. gén. du droit, 1877*, pp. 45 *in fine* et suiv. ; Duruy, *op. cit.*, t. 5, pp. 271 et suiv.

Remarquons enfin que l'organisation de la chancellerie impériale, telle que nous venons de la voir répartie en quatre grandes directions, « s'est perpétuée avec des changements divers, soit auprès des pontifes chrétiens de Rome, pour devenir la chancellerie actuelle des papes (voir Galletti, *Del Primicero della santa sede apostolica*, Roma, 1776, in-4, pp. 5, 133 et suiv.), soit auprès des royautés barbares, pour devenir, avec le progrès des temps, le service savamment compliqué de nos chancelleries royales », ainsi que le remarque judicieusement M. Egger (*ubi supra*, pp. 222 *in fine* et suiv.).

(64) Voir, pour les détails, la *Notitia dignitatum*.

(65) *Schola*, dérivant du mot grec σχολή, désigne proprement la cessation de tout travail matériel et physique, le loisir, le repos qui permet de se livrer aux plaisirs et aux travaux de l'intelligence. (C'est pourquoi, dans les bains, on appelait ainsi la salle d'attente ou de repos, c'est-à-dire l'espace libre qui entourait l'*alveus* ou le *labrum*, et où les baigneurs attendaient que leur tour arrivât ; Vitruv., V, 10, 4.) Ce nom fut, par suite, transporté à l'endroit où les maîtres d'école, *ludimagistri* (Cic., *De deor. nat.*, I, 26 ; *In Q. Cæcil. divin.* 14, § 47, *ibiq.* Ps. Ascon., p. 118 Orelli ; Mart., IX, 69 ; X, 62 ; cf. Plaut., *Bacch.*, act. III, sc. 3, *passim*), faisaient l'instruction des *discipuli*, c'est-à-dire à ce que nous appelons aujourd'hui école. (Cic., *De orat.*, II,

* Voir note 67, page 416.

nés à jouer un double rôle : les uns étaient occupés à un travail absolument mécanique, et se livraient aux écritures et aux comptes purement matériels ; les autres remplissaient des fonc-

---

7 ; Suet., *De illust. grammat.*, 7 et 16 ; Auson., *Idyll.*, IV, 6 ; Quintil., *Inst. orat.*, X, 3 ; Festus, lib. XVII, v° SCHOLÆ, éd. Panck. ; Salvian., *De gub. Dei*, 7, p. 149, éd. 1688, 4.) En ce sens, *schola* est synonyme de *ludus litterarius* ou simplement *ludus* (en grec διδασκαλεῖον ; voy. Festus, *ubi supra ;* Plaut., *Merc.*, II, 2, 32 ; *Pers.*, II, 1, 6 ; Cic., *Ad famil.*, IX, 18 ; cf. Mart., IX, 69). Pareillement, ce même mot fut appliqué à une pièce où se réunissaient des philosophes ou des lettrés, pour se livrer à la conversation et à la discussion. (Plin., *Hist. nat.*, XXXV, 37 ; XXXVI, 4, 5. — Comp. *infer.*) Voy. sur tout ceci : P. Barral, *op. cit.*, v^is LUDUS LITTERARIUS et SCHOLA ; A. Rich, *op. cit.*, v^is LUDIMAGISTER ; LUDUS, 1 ; SCHOLA. — On comprenait encore sous cette dénomination, ce que nous entendons aujourd'hui par école, ce terme étant pris dans le sens de secte : c'est ainsi, notamment, que Gaius emploie, à maintes reprises, la locution « *Diversæ scholæ auctores* », pour désigner l'école des Proculéiens par opposition à celle des Sabiniens, à laquelle il appartenait ; « *nostri præceptores* », dit-il en parlant des ces derniers. (Voy. Gaius, I, 196 ; II, 15 et 37 ; III, 87, 98 et 141 ; IV, 79, etc. Voy. aussi Justinian., *Inst.*, *De empt. et vendit.*, III, 23, § 2. — Cf. T. Maur., *Syll.*, 25.) — Ce n'est évidemment dans aucune de ces acceptions, que le mot *schola* est pris au texte, non plus que dans les nombreux passages de la *Notitia dignitatum* et des Codes Théodosien et de Justinien où on le rencontre : il y exprime un collège, une corporation, une réunion, un corps ou un ordre de personnes civiles ou militaires. (Const. 7 § 1, *De div. rescr.*, C. Just., I, 23 ; Marquardt-Mommsen, *op. cit.*, t. 5, p. 544. Comp. § 3, note 34, pp. 379, second alin., et suiv.) Ce dernier sens n'est dailleurs pas inconnu dans la langue des auteurs littéraires ; Martial nous en donne la preuve quand il parle d'une *schola poetarum*, c'est-à-dire d'une réunion de poètes. (*Epig.*, III, 20, 8 ; IV, 61, 3. Voy. Vales., *Ad Ammian. Marcell.*, XIV, 7 ; *Glossar. nomic. Codic. Theod.*, v° SCHOLA, et *Index rer. et verbor.*, v^is SCHOLA et sqq. ; M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 84.) Ajoutons que, depuis Constantin notamment, notre terme désigne souvent aussi les gardes ou fonctionnaires du palais. (Coripp., *De laud. Just. min.*, III, 158.) — Enfin, par extension, *schola* fut pris pour le local ou lieu de réunion de chaque corporation (Marquardt-Mommsen, *op. cit.*, t. 6, p. 156, note 10. Comp. *super.*), et une inscription curieuse de Nice nous montre que les membres les plus riches du collège devaient se faire un point d'honneur de contribuer à son embellissement, puisqu'elle mentionne la construction d'un autel et d'un pavage en mosaïque, opérée aux frais d'un certain Junius Cornutus, *magister collegii dendrophororum*. (*Aram et pavimentum scholæ... de suo fecit ;* Henzen, n° 6590 ; cf. Orelli, n°s 3303 et 4089. Voy. Klipffel, *op. cit.*, *Nouvell. rev. hist.*, 1879, p. 372.)

(66) Ou *præpositi ac tribuni*. Voy., au C. Th., le titre 13 du liv. VI, et, au C. Just., le titre 11 du liv. XII. On trouve aussi *scholarum tribuni* (Const. 23, *De erogat. milit. annon.*, C. Th., VII, 4), ou *comites scholarum* tout court. (Const. 1, *De privil. schol.*, C. Just., XII, 30.) — Dans les *scholæ militares*, les *præpositi* étaient appelés *capita scholarum*, locution synonyme de *capita contuberniorum*. (Voy. Lindenbrog. et Vales., *Ad Ammian. Marcell.*, XXV, 10. Comp. § 3, note 34.) Cf. au civil, l'expression déjà relevée *officiorum capita*. (Voy. § 3, note 35, *in init.*)

(67) Voy. *Index rer. et verb. Codic. Theod.*, v° SCHOLARES ; *Glossar. nomic. Codic. Theod.*, v° SCHOLARIS ; Cujac. et Donell., *Opp.*, *Indic.*, v° SCHOLARES. — Au propre, l'adjectif *scholaris* veut dire *d'école*. (S. Prudent., *Peri Steph.*, 2101. — Cf., pour le mot *schola*, note 65, *supra.*)

tions qui n'exigeaient aucune connaissance; dans leur service rentraient, par exemple, les exécutions (*exactiones*), c'est-à-dire la poursuite des débiteurs de deniers publics et le recouvrement des impôts (68).

Le changement des hauts fonctionnaires étant, à cette époque, au moins aussi fréquent que de nos jours, on comprendra sans peine que, par analogie avec ce qui se passe aujourd'hui dans nos ministères ou dans nos préfectures, la tradition administrative ait reposé principalement sur les *officia;* et c'est ce qui nous explique comment, alors que le chef d'un *officium* avait commis un faute, cet *officium* partageait en principe la peine avec lui (69).

Quant à ceux qui travaillaient dans les *officia*, ils portaient le nom général d'*officiales* (70). Ils étaient groupés, d'après leurs spécialités, en divers collèges ou compagnies, *scholæ*, auxquelles nous venons de faire allusion (71), et étaient répartis entre ces

(68) La poursuite des débiteurs de deniers publics rentrait dans l'office des *ducenarii, centenarii, sexagenarii*, termes que l'on rencontre dans des significations bien différentes de celle d'agents d'exécution, *exactores*, et dont la précision du sens présente, par là même, une véritable difficulté. (Voy. Pancirol., *Notit. imp. Or.*, cap. xx; Gothof., *Ad Const. 1, De exaction.*, C. Th., XI, 7; MM. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 219; Klipffel, *op. cit.*, *Nouv. rev. hist.*, 1879, pp. 574 *in fine* et suiv. Comp. note 16, II, *supra*, et note 86, *infra*.) On rencontre notamment des *ducenarii* et des *centenarii* dans le corps des troupes du palais, où ils constituaient des grades inférieurs à celui des *senatores*. (Const. 1, *De privil. schol.*, C. Just., XII, 30. — Voy. note 21, *supra*.)

(69) Const. unic., *De strator.*, C. Th., VI, 31; Const. 5, *De relat.*, *eod.*, XI, 29, *ibiq.* Gothof.; Const. 27 pr., *De suscept.*, *eod.*, XII, 6. Voy. aussi Const. 181 pr., *De decurion.*, *eod.*, XII, 1; Constt. 15 et 20, *De episcop. audient.*, C. Just., 1, 4, et Novell. LXXXII, cap. VII § 1.

(70) Il y avait des termes spéciaux pour désigner les employés attachés à certains *officia*. Nous mentionnerons ceux de *præfectiani*, appliqué aux *officiales* du préfet du prétoire; — de *magisteriani*, à ceux du *magister officiorum;* — de *cæsariani* ou *catholiciani*, à ceux du *rationalis rerum privatarum;* — de *cohortales*, d'abord aux subordonnés du *præfectus prætorio*, puis aux employés des gouverneurs des provinces, etc. (Voy. Const. 2, *De apparit. præf. præt.*, C. Just., XII, 53; — J. Lydus, *De magist.*, III, 7; — C. Th., *De Cæsarian.*, X, 7; Const. 9 § 2, *De bonis proscript.*, C. Just., IX, 49; — titt. *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4, et C. Just., XII, 58; Const. 65 § 3, *De hæret.*, C. Th., XVI, 5, et *passim*.) — Consulter, sur ce point, M. Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 313, n° 209, texte et note 36. Nous verrons plus bas (note 88) que les *officiales* attachés à la cour et aux *officia* les plus élevés, portaient plus spécialement le nom de *palatini*, mais que c'était encore là un terme tout à fait général.

(71) Parmi ces *scholæ* figurent, aux premiers rangs, la *schola* des *notarii*, qui font l'office de greffiers (et non de notaires; voy. M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 216) auprès

corporations, suivant leurs aptitudes ; leur nombre, dans chaque

---

des autorités constituées, et la *schola* des *agentes in rebus*, nommés aussi *magisteriani* (J. Lydus, *De magist.*, II, 10 et 26; III, 7, 12, 23, 24 et 40; Du Cange, *Gloss.*, v° MAGISTERIANI), corps d'agents secrets et confidentiels de l'administration centrale, messagers et espions du prince dans les provinces (M. Guizot, *Cours d'hist. mod.*, t. 3, p. 216), comparés par M. Serrigny (*loc. inf. cit.*) aux auditeurs au conseil d'Etat du premier Empire. Au nombre de ces agents de la sûreté publique et de la police secrète, qui avaient remplacé les anciens agents de la police, appelés autrefois *frumentarii* (S. Hier., *Comm. in Abdiam*, cap. I; cf. Euseb., *Hist. eccles.*, VI, 40; Cyprian., *Epist.*, ep. ult.), supprimés par Dioclétien à raison de leurs méfaits et de leurs crimes (Aurel. Vict., *De Cæsar.*, XXXIX; cf. Spartian., *Hadrian.*, 11; Lamprid., *Commod.*, 4; Capitol., *Macrin.*, 12; *Maxim. et Balbin.*, 10; éd. Panck.; voy. les notes qui accompagnent les passages par nous visés d'Aurel. Victor et de Spartien; joindre M. Naudet, *Des révol. de l'emp. rom.*, p. 17), et auxquels leurs successeurs ne ressemblèrent que trop (Aurel. Vict., *eod.*; Ammian. Marcell., XVI, 5), au nombre de ces agents, disons-nous, on distingue particulièrement les *curiosi* (Libanius, *In Juliani imp. necem*, p. 294, éd. Morell.; Cassiod., *Var.*, VI, 6; XI, 35; C. Th., VI, 29; C. Just., XII, 23; Gothof., *Ad Const. 1, De curios.*, C. Th., VI, 29; *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 179, p. 221 *in fine*, note 78), appelés aussi *curagendarii* (Const. 1, *De curios.*, C. Th.), *a curis agendis*. (Constt. 2 pr., et 4, *eod.*; Const. 2, *De privileg. eor.*, C. Th., VI, 35; Gothof., *ubi supra*; éd. Ritter, t. 2, f° 192, col. rect. *in fine*.) C'étaient, avec les *stationarii* (Const. 31, *De episc.*, C. Th., XVI, 2; C. Just., tit. 23, lib. XII), les pires des espions, *exploratores*. (Const. 3, *De cursu publ.*, C. Th., VIII, 5.) Les constitutions regorgent de dispositions ayant pour but de réprimer leurs abus, et l'on peut dire que, des textes qui leur sont consacrés, s'échappe un véritable cri de douleur mêlé de haine et d'exaspération; mais rien n'égalera jamais le portrait que nous a laissé Libanius, dans un passage cité tout entier par Godefroy et traduit par lui en latin (*Ad Const. 1, De curios.*, C. Th.), des *agentes in rebus* et des *curiosi*, qui étaient, les uns et les autres, placés sous les ordres du *magister officiorum* (Pancirol., *Notit. imp. Or.*, cap. LXII, p. 101; Böcking, t. 1, cap. X, pp. 38 et 39; t. 2, cap. VIII, pp. 43 et 44. — Comp. note 21). — Consulter, sur toute cette matière : les titres *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27; C. Just., XII, 20; *De princip.* et *De præpos. agent. in reb.*, C. Th., VI, 28; C. Just., XII, 21 et 22; *De curios.*, C. Th., VI, 29; C. Just., XII, 23; Symmach., *Ep.*, X, 37; S. August., *Epist.*, 159 et 160; MM. Amédée Thierry, *Mémoire sur l'organisation de l'administr. centr. de l'emp. rom.*, dans la *Revue de législation*, 1843, t. 18, p. 139; Kuhn, *Die städt. und bürg. Verfass. des röm. Reichs*, Leipz., 1854, pp. 162, 166, 169 et suiv.; Walter, *op. cit.*, t. 1, §§ 364 et 392; t. 2, § 860; Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n°s 87, 88 et 210; t. 2, n°s 967, 984 et 985; Waddington, *Rev. archéol.*, 1868, pp. 425 et 428; G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, v° AGENTES IN REBUS; Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 313, n° 209.— Comp. aussi M. Naudet, *De la police des Romains sous les empereurs*, dans les *Séances et trav. de l'Acad. des sciences morales et politiq.*, t. 16, pp. 183 et suiv.

Indépendamment des *scholæ* dont nous venons de parler, il y en avait beaucoup d'autres encore : ainsi l'on peut mentionner les *scholæ* des *domestici* (Constt. 1, 3, 10, *De domestic. et protector.*, C. Th., VI, 24; Const. 3 pr., *Ubi senatores*, C. Just., III, 24); celles des *silentiarii* (Const. 4, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16; comp. sur eux note 88, *infra*); ainsi encore, à côté des *scholæ notariorum*, se trouvaient des *scholæ exceptorum*, fournissant des scribes pour remplir des fonctions moins élevées. (Voy. MM. de Savigny, *Hist. du dr. rom.*, t. 1, p. 45, trad. Guenoux, et Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 218.) Des *exceptores* étaient attachés à presque tous les offices et à toutes les

fonction, était exactement proportionné à l'importance du service. Cependant il pouvait y avoir aussi des surnuméraires (72).

La nomination à tel ou tel *officium* entraînait en général (73), au profit de son chef, indépendamment du droit fiscal dû pour la délivrance du brevet (74), le paiement d'une certaine somme à titre de droit d'entrée (75). Elle nécessitait aussi un décret de

---

autorités judiciaires et municipales. (Cassiod., *Var.*, XI, 25; *Notit. dignit. Or. et Occ.*, *passim*; C. Th., VIII, 1; C. Just., XII, 50; J. Lydus, *De magist.*, III, 6, 9, 25, 30; M. Maynz, *loc. sup. cit.*, note 37. Comp. note 16, I, *supra*.) — Enfin, on trouvera, dans la *Notitia dignit. Orient. et Occident.*, *passim*, la mention de nombreuses autres *scholæ* dont nous n'avons pas à nous occuper ici. Nous ajouterons simplement que les *scholæ* jouissaient de privilèges particuliers, dont traite le titre 30 du liv. XII au Code de Justinien.

(72) *Supernumerarii* ou *vacantes*, par opposition à *statuti*. (Voy. Gothof., *Ad Constitut. 23, De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27; voy. aussi Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. II, n° 32.) Comp. *supra*, note 63 *in fine*, pp. 414 *in fine* et suiv., et *infra*, chap. II, § 2. — On trouve aussi *substituti*. (Voy. le texte cité, chap. II, § 2, note 33.) — Les fonctionnaires, officiers ou employés en activité portaient le nom de *statuti*, parce que leur nombre était exactement déterminé, fixé. (Voy. Donell., *Opp.*, t. 9, col. 1111, 14.) Tel est le sens propre de l'adjectif *statutus* (Voy. L. 40, fr. Paul., *De reb. cred.*, D., XII, 1), dont on a fait ici un substantif.

(73) Cette restriction est expliquée *infra*, chap. II, § 2 *in fine*.

(74) Voy. *supra*, p. 407, texte et note 50.

(75) *Introitus, introitus erogatio, introitus militiæ* (L. 102 §§ 2 et 3, *De leg.* III, D., XXXII); *pecuniæ oblatio*. (Const. 7, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19; cf. Const. 11, *eod.*) Comp. *supra*, § 2, note 162, et *infra*, chap. II, § 2 *in fine*. — La loi distinguait même parfois, pour la fixation de ce droit d'entrée, suivant qu'on arrivait à titre d'avancement régulier, ou qu'on ne parvenait que grâce à la faveur ou au crédit. C'est ainsi, par exemple, que ceux qui étaient admis dans la *schola* des *protectores et domestici*, dont il a été question *supra* (note 21), payaient aux *primates, sportularum nomine*, quinze ou cinquante *solidi*, suivant qu'ils avaient acquis leur titre *post emensum laborem*, ou bien *vel suffragio, vel potentia, vel gratia* (Const. 3, *De domest. et protector.*, C. Th., VI, 24). Quant au *solidus* ou *aureus* (ces deux termes devinrent synonymes au Bas-Empire, à partir de Constantin; voy. M. Serrigny, *op. cit.*, t. 2, p. 174, note 5), c'était une monnaie d'or qui, sous les successeurs de Constantin, valait 15 fr. 10 cent., d'après le calcul de Dureau de la Malle. (*Economie politique des Romains*, t. 1er, p. 451. Comp. P. Barral, *op. cit.*, v° SOLIDUS; MM. Maynz, *op. cit.*, t. 1, p. 445, note 11; Accarias, *Précis de dr. rom.*, 3e éd., p. 315, note 1; F. Lenormant, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, v° AUREUS.) — Des textes que nous venons de citer, il résulte deux choses : c'est d'abord que le droit d'entrée était imposé par la loi elle-même; c'est ensuite que l'usage s'en introduisit d'assez bonne heure, et, par conséquent, bien avant le règne d'Anastase (491-518), quoique M. Maynz ait écrit le contraire. (*Op. cit.*, t. 1, p. 309, n° 205, note 3.) Cet auteur (*eod.*) commet à nos yeux une autre erreur, en rattachant à cette pratique légale l'origine de la vénalité des *militiæ*. Nous avons déjà dit, § 2 *in fine*, et nous reviendrons encore plus tard sur ce point (voy. chap. III, § 1), qu'il ne faut pas voir dans les déboursés divers que le candidat à une *militia* était obligé d'effectuer, pour se faire pourvoir, un prix d'achat de la charge dont il désirait se faire investir.

ratification ou lettre de provision de l'Empereur lui-même (76), et, particularité très-remarquable, on se trouvait, par là, lié d'une manière indissoluble à la charge, tant pour soi (77), que pour ses descendants (78). Au demeurant, cette interdiction de changer de condition est un des traits les plus caractéristiques de la législation du Bas-Empire : le nombre d'états ou de professions auxquels elle s'appliquait était même si imposant, qu'il est permis de la considérer comme une règle générale pour la masse des habitants de l'Empire, et qu'elle doit être regardée comme un des points fondamentaux, comme une des assises principales des institutions sociales de cette époque (79).

---

(76) Constt. 7, 21, 22, 23, *De divers. offic.*, C. Th., VIII, 7; Const. 5, *De offic. magist. offic.*, C. Just., I, 31; Constt. 6, 9, 10, *De divers. offic.*, C. Just., XII, 60. — Cf. *supra*, note 42, et *infra* chap. II, § 2, note 13.

(77) *Ex. gr. :* Constt. 14 et 19, *De divers. offic.*, C. Th., VIII, 7, *ibiq.* Gothof.; Const. 12 pr. et §§ 1 et 2, et Const. 13, *De cohort. princip.*, C. Just., XII, 58. Les différents fonctionnaires étaient enchaînés à leurs fonctions, comme les décurions étaient rivés à la curie, les colons à la terre et les serfs à la glèbe. Il leur fallait, sous peine d'être rappelés à leur ancien état (voy. par ex., pour les décurions, Const. 38, *De decurion.*, C. Th., XII, 1, et une foule d'autres), une permission spéciale du prince, *specialis adnotatio* (Const. 13, *De cohortal. princip.*, C. Just.), pour abandonner leur emploi ou pour aspirer à une autre condition (Constt. 4, 18, 21, 22, 23, 25, 28, 29, 30, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4; Constt. 2, 3, 9, *De divers. offic.*, C. Th.; cf. C. Just., tit. *De cohortal. princip.*, *passim;* Böcking, *Notit. dignit. in partib. Occident.*, t. 2, pp. 124, 126 et 128 [9]), à moins toutefois qu'ils n'eussent un certain nombre d'années de service. (Const. 14 pr. et § 1, *De privileg. eor.*, C. Th., VI, 35; cf. Const. 38, *De decurion.*, *eod.*) Pour renforcer la sanction de la prohibition et l'efficacité de la peine qu'entraînait la violation de la loi, Théodose le Jeune et Valentinien avaient déclaré que la poursuite qui pourrait être dirigée contre les *cohortales*, coupables d'avoir déserté leur profession, ne serait pas susceptible d'être écartée par la prescription, si longue qu'elle fût. (Const. 30 § 2, *De cohortal.*, C. Th.) Par une interpolation faite par Justinien à leur Constitution, qu'il reproduit dans son Code (Const. 12 § 1, *De cohortal.*), cette poursuite est soumise à la prescription trentenaire. (Voy. M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 208.)

(78) Les enfants des titulaires étaient affectés à la profession de leur père, et il leur était impossible de s'y soustraire. (Const. 1, *De tabular.*, C. Th., VIII, 2; Const. 30 pr., *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4; Const. 12 pr., et §§ 1 et 2, *De cohortal. princip.*, C. Just., XII, 58; cf. Const. 11 pr., *De filiis militar.*, C. Th., VII, 22, et Const. 19, *De divers. off.*, C. Th., VIII, 7; voy. aussi au C. Just. le titre *De filiis official. militar.*, XII, 48.) La loi n'établissait pas même la moindre distinction entre les enfants nés après la durée légale du service et ceux qui avaient reçu le jour au cours de l'exercice de la charge. (Const. 14 § 2, *De privileg. eor.*, C. Th., VI, 35; Const. 184, *De decurion.*, C. Th., XII, 1. — Voy. M. Serrigny, *ubi supra*, n° 209.)

(79) Les deux exemples les plus saillants qui légitiment notre proposition peuvent être puisés dans le décurionat et dans le colonat. On y peut joindre, outre l'enchaîne-

En ce qui concerne l'avancement, il se faisait, dans les diverses places, d'une façon mathématique, en ce sens que les fonctionnaires ne gravissaient les différents degrés du poste qu'ils occupaient, que *per ordinem*, c'est-à-dire qu'à tour de rôle (80). Ce système, on le conçoit, n'était possible, qu'à la condition de n'occuper chacun de ces échelons, dont l'ensemble formait l'*ordo militiæ* (81), que pendant une période de temps déterminée. Aussi était-ce bien ce qui avait lieu (82). Cette coutume procurait, du reste, au Pouvoir, l'incontestable avantage de ne point se lier les mains par une nomination indéfinie. Mais une difficulté semble

---

ment des fonctionnaires à leur office, celui des fils des vétérans au service militaire, celui des ouvriers des manufactures impériales à leur atelier, celui de toute cette armée de malheureux, rivés aux mille corporations (*corpora*) religieuses, civiles et municipales, dont le sol était couvert au Bas-Empire. (Voy., au C. Th., les titres *De filiis militarium*, VII, 22; *De fabricensibus*, X, 22; *De collegiatis*, XIV, 7; cf. le titre suivant, *De centonariis et dendrophoris*, XIV, 8; Gothof., *Ad hos titt.*; voy. aussi le titre *De suariis*, XIV, 4, *ibiq.* Gothof.; Novell. Valent. III, tit. xv; Novell. Severi, tit. ii; et, au C. Just., les titres *De filiis official. militar.*, XII, 48; *De fabricens.*, XI, 9; *De collegiatis*, XI, 17.) Du reste, la justesse de notre idée sera très-aisément démontrée aux yeux de quiconque voudra bien examiner l'état et la condition des personnes aux divers degrés de la société. La conclusion infaillible qui ressortira de cette étude, c'est que la perpétuité des fonctions, des emplois, états ou métiers, des professions en un mot, et la prohibition légale de les abandonner à son gré, constituaient comme le pivot même de la société d'alors. (Comp. *infra*, note 84. — Voy. sur cette matière : MM. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 325, p. 274; t. 2, pp. 343 et suiv., et Klipffel, *op. cit.*, *Nouv. rev. hist.*, 1879, pp. 576 *in fine* et suiv.) — Nous verrons, dans le chapitre ii, une double application de la conséquence logique que produisit cet état de choses.

(80) Const. 1, *De divers. off.*, C. Th., VIII, 7; Const. 5, *De offic. præf. urb.*, C. Just., I, 28; Const. 7, *De prox. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. Comp. *supra*, note 29.

(81) Const. 19, *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27.

(82) *Ex. gr. :* Constt. 6 et 11, *De proxim.*, C. Th., VI, 26; Const. 14, *De palat. sacr. larg.*, C. Th., VI, 30; Const. unic., *De decan.*, C. Th., VI, 33 = Const. 1, *eod. tit.*, C. Just., XII, 27; Constt. 16 et 17, *De numerar.*, C. Th., VIII, 1; Constt. 8 et 12, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7; Constt. 3 pr., et 5 pr., *De advoc. divers. judic.*, C. Just., II, 8; Const. 6, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. — A cette idée se rattache la prohibition, si fréquente dans les textes, d'exercer deux fois la même charge. (Voy., par exemple, au C. Th. : Const. 1, *De castrensian.*, VI, 32; Constt. 15 et 16, *De numerar.*; Const. 10, *De cohortal.*, VIII, 4; Const. 18, *De div. offic.*, VIII, 7; Constt. 2, 3 et 4, *Ad leg. Jul. de amb.*, IX, 26; Gothof.; *Ad h. Constt.*; et, au C. Just. : Constt. 5 et 6, *De adsessor.*, I, 51; Const. unic., *Ad leg. Jul. de amb.*, IX, 26; Const. 1, *De castrensian. et ministerian.*, XII, 26.) Ce principe prohibitif comportait cependant certaines exceptions. (*Ex. gr. :* Const. 8 pr., *De princip. agent. in reb.*, C. Th., VI, 28; Const. 12, *De adsessor.*, C. Just.; Const. 9, *De advoc. div. judicior.*, C. Just., II, 7; Novell. XV, *Epilog.*) — Comp. *infra*, chap. ii, § 2, note 136.

ici devoir nous arrêter. Que deviendra le titulaire, après avoir parcouru tous les grades de son office (83), et à l'expiration du temps de service qui lui était assigné par la loi, dans la position supérieure où nous le supposons parvenu ? La réponse est facile. Son passage à travers les emplois dont il a été chargé lui a valu des droits à une récompense : ces droits lui sont désormais acquis ; de telle sorte qu'après avoir épuisé la hiérarchie légale, il arrivait, sauf à retomber encore dans les règles sévères et strictes d'une nouvelle hiérarchie (84), à une dignité (85)* à laquelle étaient

(83) Ces espèces de gradins étaient parfois fort nombreux à franchir : « *longa militiæ series* », disent Honorius et Théodose, en parlant de la *militia* des *agentes in rebus* (Const. 19, *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27) ; « ... *per longæ militiæ metas* », répètent ailleurs Théodose et Valentinien. (Const. 8 § 2, *De princip. agent. in reb.*, C. Th., VI, 28.) Cela nous explique comment les empereurs ont eu à prévoir et à régler le cas où un *fortuitus casus*, tel que la vieillesse, la maladie, la fatigue résultant de ces travaux longs et actifs, *vel alia necessaria causa*, comme dit Justinien (Const. 15, *De proœim. sacr. scrin.*, C., XII, 19 ; cf. Const. 1, *De prœpos. agent. in reb.*, C. Just., XII, 21), viendrait surprendre le titulaire, avant qu'il ait eu le temps de parcourir toutes les étapes de sa charge. Cet abandon obligatoire de l'office le rendant ainsi vacant, on voit des textes autoriser les anciens titulaires à se choisir un successeur moyennant finance. Tel fut, à l'époque de Justinien, le cas des *adjutores quæstoris*, sous certaines conditions (Const. 15 précitée ; Cujac. et D. Gothof., *Ad h. Const.*; cf. Const. 13, *eod.*, et Novell. XXXV). Cette sorte d'expropriation forcée de la milice ouvrait, au profit de l'officier, le droit à une véritable récompense de retraite pour les services passés ; elle consistait en diverses prérogatives spéciales, et notamment dans l'octroi d'un titre honorifique supérieur au dernier porté par le fonctionnaire retraité ; et nous savons maintenant quelle était l'importance de cette concession. Ces privilèges, d'ailleurs, étaient accordés, suivant les cas et la nature de la milice exercée, comme aussi selon le grade du titulaire, avec plus ou moins de facilité. — Toutes ces idées résultent d'une foule de textes, parmi lesquels nous avons relevé les suivants, comme particulièrement caractéristiques et formels, et comme pouvant servir de types à tous ceux qui sont rédigés en vue d'hypothèses analogues : Const. 1, *De primicer. et notar.*, C. Th., VI, 10 ; Const. 19, *De agent. in reb.*, C. Th. ; Constt. 6, et 8 § 1, *De princip. agent. in reb.*, C. Th. ; Const. 4, *eod. tit.*, C. Just., XII, 21. Voy. Gothof., *Ad h. Constt.* — Comp. *supra*, § 3, note 42, et la note 84 ci-après.

(84) La hiérarchie constituait encore un des principes fondamentaux du Bas-Empire. (Comp. *supra*, note 79.) On peut dire d'elle, qu'elle remplissait dans la vie officielle le même rôle que joue le cœur dans l'organisme humain. Comme lui, elle était, suivant l'heureuse expression des physiologistes, le *primum vivens*, l'*ultimum moriens* : saisissant l'homme dès sa naissance à la vie publique, elle l'étreignait et le dominait pour régler tous ses mouvements jusqu'à la mort, à laquelle seule elle ne pouvait disputer son droit suprême, sa précieuse prérogative de passer le niveau sur tout et sur tous. Aussi bien, cette hiérarchie, la retrouvons-nous partout et toujours : dans chaque fonction, nous venons de la voir régler le rang des titulaires ; pareille-

* Voir note 85, page 423.

attachés des honneurs (86), des revenus (87) et des privilèges (88).

---

ment, si l'on envisage les emplois publics considérés dans leurs rapports respectifs, on remarque que, pour être nommé à un office supérieur, il fallait avoir servi dans une charge moins élevée (voy. *ex. gr.*: Const. 17, *De numerar.*, C. Th., VIII, 1, *ibiq.* Gothof.); enfin, nous savons que les *dignitates* et les *honores* étaient, de leur côté, absolument soumis à la précision méthodique de ses lois. (Voy. pp. 394 et suiv.) Il résulta de là cette conséquence malheureuse, mise en pleine lumière par M. Duruy (*op. cit.*, t. 5, p. 274), que cette hiérarchie, « poursuivie jusqu'au classement le plus minutieux, enlaça la société de tant de liens, qu'elle resta sans mouvement et sans vie. »

(85) Procop., *Hist. arc.*, cap. XXIV; J, Lydus, *De magist.*, III, 30; Gothof., *Paratitt. ad titt. C. Th.*, VI, 26; VIII, 1, 4 et 7.

(86) Les distinctions honorifiques consistaient dans les titres de *perfectissimus*, de *ducenarius*, de *centenarius*, d'*egregius*. (Constt. 6 et 10, *De numerar.*, C. Th., VIII, 1; Const. 3, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4; Const. 1, *De cæsarian.*, C. Th., X, 7; Const. 1, *De murileg.*, C. Th., X, 20; Const. 5, *De decurion.*, C. Th., XII, 1; Gothof., *Ad Const.* 7, *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27.) — Comp. sur la deuxième et la troisième de ces expressions, *supra*, note 68. — Les grades de *ducenarii* et de *centenarii*, dont les noms, comme nous l'avons vu note 16, II, *supra*, indiquaient des quotités relatives de traitements, étaient, dans les corps palatins en particulier, une nouvelle imitation des grades légionnaires dans l'organisation administrative, selon la coutume des Romains, ainsi que nous l'avons déjà relevé. (Voy. *supra*, § 3, pp. 377, et suiv., et spécialement, note 35.)

(87) Nous employons à dessein ce terme général, parce que, primitivement, la rémunération des fonctionnaires se faisait au moyen d'un traitement pécuniaire et d'objets de consommation fournis en nature (*annonæ;* voy. *supra*, note 53); ces derniers furent, par la suite, convertis en argent, *adæratæ* (voy. M. G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, v° ADÆRATIO); de là leur dénomination de *ærariæ annonæ*. (Ammian. Marcell., XXII, 4, et Vales., *Ad h. l.;* Const. 35, *De erogat. milit. annon.*, C. Th., VII, 4; Const. 1 § 8, *De offic. præf. præt. Afr.*, C. Just., I, 27; Const. 7, *De palat. sacr. largit.*, C. Just., XII, 24.) Comp. *supra*, notes 53 et 54. — Il y a ici un rapprochement curieux à faire avec ce qui se passait, jusqu'à ces derniers temps, dans l'église luthérienne, où certains pasteurs étaient rémunérés en nature par les biens curiaux de leur église, et dans laquelle, à présent, le receveur du consistoire leur paie une somme calculée d'après le prix moyen des céréales. (Comp. Loyseau, *op. cit.*, liv. I, ch. I, n° 55.)

Aux salaires dont il vient d'être question, s'ajoutaient d'autres émoluments éventuels (*lucra officiorum;* C. Th., VIII, 9), qui furent la source d'une foule d'abus criants. (*Concussiones apparitorum;* C. Th., VIII, 10; *concussiones officiorum, seu apparitorum;* C. Just., XII, 62.) Ce qui, à cet égard, nous semble particulièrement digne de remarque, c'est qu'en portant dans les provinces la nouvelle d'un évènement heureux, les messagers se faisaient payer des épices considérables; le titre *Ne quid publicæ lætitiæ nuntii ex descriptione vel ab invitis accipiant*, au Code Théodosien (VIII, 11), n'a d'autre but que de refréner leur avidité. Cf., au C. Just., le titre 64 et dernier du livre XII.

(88) Les *officiales* qui appartenaient à la cour impériale, et que l'on trouve attachés au service particulier du palais de l'Empereur et des *officia* les plus élevés, sous la dénomination générale de *palatini*, destinée à en comprendre les diverses espèces,

Ayant ainsi tracé, d'une manière rapide, l'esquisse du fonctionnement de l'administration au Bas-Empire, notre tâche se trouve sinon achevée, à tout le moins considérablement allégée. Pour la mener à bonne fin, un point capital nous reste à développer : nous venons, en effet, de démonter, si l'on peut ainsi dire, la grande machine administrative ; nous avons fait l'autopsie du corps des fonctionnaires ; autant que cela nous a été possible, par une étude sérieuse et scrupuleuse des documents mis à notre portée, nous avons posé une sorte d'étiquette sur chacun des rouages de l'une, et mis un nom technique sur les différent membres de l'autre. Connaissant maintenant toute cette anatomie, dans les dédales de laquelle nous devions pénétrer, ayant pris possession de cette vaste structure du fonctionarisme impérial, il nous faut à présent le reconstituer par la pensée, en en rajustant les débris disséqués, et, le supposant désormais animé d'une vie légale, assister à ses diverses évolutions juridiques. C'est ce tableau rétrospectif des vicissitudes d'une *militia venalis*, placée sur le terrain du droit pur, que nous allons tenter de présenter dans les deux chapitres suivants, qui auront trait, l'un au droit

---

(Voy. Novell. Valent., III, tit. VII ; C. Th., VI, 30 ; C. Just., XII, 24 ; Cujac., *Opp.*, t. 8, col. 378, tit. XXIII, *in initio ;* comp. *supra*, § 3, note 23), ces *officiales*, disons-nous, jouissaient de privilèges spéciaux. Au C. Th., le titre 35 du liv. VI ; au C. Just., le titre 29 du liv. XII, y sont relatifs. Comp. *supra*, § 3, note 42. — Les *palatini* se subdivisaient, à l'instar des *officiales* (voy. *supra*, note 70), en *cubicularii*, *castrensiani*, *ministeriani* (C. Th., VI, 32 ; C. Just., XII, 26), *silentiarii* au nombre de trente, répartis en trois décuries, et ainsi nommés, non pas parce qu'ils devaient garder les secrets du prince, comme le pensait Accurse (*Ad rubr. tit. C. Just.*, *De silentiar.*, XII, 16), mais plutôt parce qu'ils avaient pour mission d'empêcher le bruit, et de procurer le silence autour du palais — (*Sic* : Cujac., *Opp.*, t. 7, col. 968, *Ad tit.* LXII, et col. 1380 *in fine ;* MM. Böcking, *Ad Notit. dignit. Occid.*, t. 2, p. 301, note ; Walter, *op. cit.*, t. 1, § 361, p. 536, et Serrigny, *op. cit.*, t. 1, p. 84, 5°. — Voy. aussi sur eux : C. Th., VI, 23 ; C. Just., XII, 16 ; J. Lydus, *De magistr.*, II, 17 ; Gothof., *Ad Constit.* 4, *De decurion. et silentiar.*, C. Th., VI, 23), — etc... Tous étaient titulaires de milices organisées en compagnies ou corporations. (Const. 30 § 2, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28 ; Constt. 2 et 4, *De præpos. sacr. cubic.*, C. Just., XII, 5 ; Constt. 4 et 5, *De silentiar.*, *eod.*, 16 ; Constt. 1 et 4 pr. et § 1, *De castrensian. et ministerian.*, *eod.*, 26.) Ammien Marcellin (XXII, 4) nous fait des palatins, sous le règne de Julien, une peinture des plus tristes ; nous nous contenterons de relever ce membre de phrase : « ... *Fatendum est pleramque eorum partem vitiorum omnium seminarium effusius aluisse, ita ut Rempublicam inficerent cupiditatibus pravis...* »

public, l'autre au droit privé. — Dans les développements que nous comptons leur consacrer, nous retrouverons le bénéfice des idées émises; mais c'est notamment au cours du premier, que nous tirerons amplement profit des notions que nous venons d'acquérir.

Trois observations finales doivent couronner tout cet ensemble de données générales.

La première consiste à faire remarquer que ce travail ne présente pas seulement un simple attrait de curiosité archéologique, comme pourraient le croire trop aisément ceux qui ne l'ont jamais abordé ; il offre encore un grand intérêt juridique ; car il est bien loin d'être cantonné dans un règne, et comme relégué dans un coin du droit. A l'imitation de Constantin, ses successeurs développèrent notre institution, que ce prince, d'ailleurs, trouva vivante, et à laquelle il ne fit que donner sa plus vive expansion, mais sur laquelle il ne devait pas, tant s'en faut, prononcer le dernier mot. Les milices restèrent en honneur et en faveur jusque vers la fin du Bas-Empire. Justinien fit même, en ce qui les concerne, de nombreuses constitutions (89) et d'importantes Novelles, dont il nous faudra constater et expliquer les décisions.

Une seconde remarque, non moins essentielle que la précédente, a trait à l'idée suivante : c'est que si, comme il a déjà été dit (§ 2, *in fine*), l'hérédité et la vénalité se manifestèrent dans les milices plus tôt et d'une façon plus complète que dans les autres fonctions publiques de Rome, elles n'atteignirent cependant jamais toutes les *militiæ*. Non pas que la distinction des milices en héréditaires et vénales d'une part, et en non héréditaires et non vénales d'autre part, ressorte des textes du Digeste : ceux-ci laisseraient supposer, au contraire, que les *militiæ* sont, d'une manière générale, aptes à l'hérédité et à la vénalité (90),

(89) Telle est la raison pour laquelle c'est dans le Code de cet empereur que l'on rencontre le plus grand nombre de textes relatifs aux *militiæ venales*.

(90) Voy. les lois citées notes 1 à 4 inclus. du présent paragraphe.

ce qui ne fut vrai dans aucun temps (91). Mais à l'époque où l'hérédité et la vénalité avaient pris toute leur extension (92), cette distinction est faite de la manière la plus nette et la plus claire dans le Code de Justinien et dans ses Novelles (93).

Nous tenons enfin à faire remarquer que la nature même des *militiæ venales* et la condition de leurs titulaires ne se présentent à nous qu'entourées d'une certaine obscurité (94). On en

(91) Ce qui le prouve, ce sont d'abord les concessions purement gracieuses (voy. *infra*, chap. III, § 1) qui furent faites à cet égard, et qui se succédèrent jusque sous le règne de Justinien. D'un autre côté, ce sont les restrictions, dont la faveur, révélée par le langage des empereurs (voy. *infer.*), est parfois accompagnée. Ainsi, pour en citer un exemple, on voit Valentinien et Valens n'autoriser la vente de leurs charges (tel est du moins le sens que nous croyons pouvoir donner ici avec Godefroy au mot *stationes*, employé par le texte que nous visons ; comp. *infra*, *Appendices*, I, I, note 77), de la part des *principes* ou des *cornicularii*, qu'à une certaine époque, et qu'au profit seulement de ceux de leurs *adjutores* qui n'auraient pas déjà rempli ces fonctions. (Const. 10, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4, *ibiq.* Gothof. ; id., *Ad Const.* 13, *De div. off.*, C. Th., VIII, 7; éd. Ritter, t. 2, f° 607, *col. sin.* Comp. note 82, *supra*; cf. Const. 15, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19, citée *supra*, note 83, avec la Novell. XXXV.) Justinien lui-même n'admet la vente et la transmission héréditaire que de certaines milices, et encore sous des conditions déterminées, *sub certa definitione*, que nous indiquerons plus tard. (Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14; Novell. LIII, cap. 5 pr., et CXXXVI, cap. 2.) Et, lorsque l'empereur byzantin concède ou reconnaît un caractère vénal à telle ou telle milice, il sait fort bien, comme ses prédécesseurs (voy. Const. 10, *De cohortal.*, C. Th., précitée), faire sentir que cette vénalité est une faveur et ne constitue pas le droit commun des *militiæ*. Cela résulte avec évidence des expressions *habere libertatem*, *licentiam* ou *jus vendendi*. (Voy., par exemple, Const. 15, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19; Const. 5, *Qui milit. poss.*, C. Just., XII, 34, et D. Gothof., *Ad h. Constit.*; Novell. XXXV; cf. Const. 10, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4.) — Consulter Cujac., *Opp.*, t. 7, coll. 527 *in init.*, et 555 *in fine*; t. 8, col. 389, *Ad Const.* 5, et coll. 500 *in fine* et suiv.; Donell., *Opp.*, t. 9, col. 1106, 2.

(92) Il est très-curieux de souligner ici le contraste frappant que présente, au milieu des institutions romaines, avec l'ensemble de la législation, ce régime d'exception, qu'on rencontre fleurissant à l'ombre de la protection et de la faveur impériales. Si l'on n'a pas oublié ce que nous avons dit au cours de notre § 2, touchant les *suffragia*, on demeurera, comme nous, pénétré de cet antagonisme. C'est, en effet, au moment même où les empereurs proscrivent les suffrages avec le plus de sévérité, qu'on voit précisément toute une catégorie de fonctions publiques, non pas seulement échapper aux rigueurs de leurs prohibitions, mais recevoir encore de ces mêmes princes, avec des attributions et des privilèges qui ne cessent de s'accroître, le double bénéfice de l'hérédité et de la vénalité. Voilà pourquoi nous avons cru devoir exposer tout d'abord le droit commun qui se résume dans cette formule : Prohibition de la vénalité.

(93) Consulter, à cet égard, les textes cités note 62, *supra*. Comp. la note 91 ci-dessus. Nous verrons plus tard (chap. III, § 1) comment l'hérédité et la vénalité s'introduisirent successivement au profit de certaines milices ; mais nous tenons à relever dès maintenant ce fait, qu'il y eut dans l'Empire deux sortes de *militiæ civiles*.

(94) Voy. Loyseau, *op. cit.*, liv. II, chap. VIII, n°s 28 et 29, rapportés *in fine* de notre travail de droit romain.

chercherait vainement une théorie complète dans les divers monuments du droit romain (95).

Les règles relatives à cette matière peuvent être réparties en deux catégories (96). Les unes, en nombre extrêmement limité, sont éparses dans le Digeste, qui ne s'occupe des milices qu'au point de vue du droit privé, et où les Jurisconsultes, suivant leur habitude constante, raisonnent sur des hypothèses et sur des faits, sans jamais dégager le principe qui les guide dans la solution des espèces proposées (97); les autres, en nombre beaucoup plus

---

(95) C'est ainsi que la nomenclature des milices vénales ne se trouve nulle part. On rencontre simplement, éparpillées dans tout le Code de Justinien, sur les *militiæ* qui furent *venales*, les seules indications que nous avons déjà signalées en nos notes 62, 88 et 91, *supra*. (Comp. D. Gothof., *Ad Const.* 5, *Qui milit. poss.*, XII, 34, et *Ad Novell.* LIII, cap. 5.) Il résulte de là que les différents détails que nous aurons à fournir seront souvent spéciaux à tel ou tel genre de milice. Pour un certain nombre, la généralisation n'offrira aucun danger; mais elle serait assurément périlleuse si on l'appliquait à tous sans distinction, et si on faisait de chacun d'eux autant de règles absolues.

(96) Nous faisons ici abstraction des textes du Code Théodosien, pour ne nous placer que dans le dernier état du droit, qu'à l'époque d'arrivée, pour ainsi dire, du développement des *militiæ venales;* mais il est évident que nous aurons à recourir bien des fois encore à ce recueil, puisque, comme nous l'avons déjà fait pressentir (1re observation finale), nous ne voulons ni ne pouvons parquer nos explications dans le champ toujours trop restreint d'un règne déterminé.

(97) Ils l'enveloppent dans les détails (Cic., *De orat.*, I, 41) et le cachent dans leurs raisonnements, comme pour laisser à l'interprète le soin souvent pénible, et le plaisir laborieux et parfois trompeur de la découverte. Leurs lois sont autant de rayons lumineux, dont on ne trouve pas toujours le foyer. Au commencement du second siècle de notre ère, Javolenus, dans un texte bien connu, et dont on a quelquefois abusé, semblait même recommander aux jurisconsultes de ne point généraliser leurs décisions, quand il disait : « *Omnis definitio* (règle de droit) *in jure civili periculosa est : parum est enim, ut non subverti possit.* » (L. 202, *De div. reg. jur. ant.*, D., L, 17.) A la fin de la République, Cicéron se plaignait déjà de ce défaut de généralisation, lorsqu'il écrivait, avec autant de finesse que d'exactitude : « ..... *Jurisconsulti, sive erroris obiciundi causa, quo plura et difficiliora scire videantur, sive, quod similius veri est, ignoratione docendi — nam non solum scire aliquid artis est, sed quædam ars est etiam docendi — sæpe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur...* » (*De legib.*, II, 19.) Deux siècles plus tard, l'orateur philosophe aurait pu proférer les mêmes reproches. Non pas que nous voulions condamner un système au profit de l'autre ; nous pensons, au contraire, que la vérité se trouve dans la conciliation des deux doctrines, et qu'on est aussi fondé à dire avec Javolenus qu'il ne faut pas se payer de brocards et donner tête baissée dans toutes les maximes de droit, qu'on est autorisé à répéter avec Cicéron qu'une bonne méthode consiste plutôt à ramener autant que possible la science à une certaine somme d'idées générales, qu'à laisser l'interprète glaner çà et là les solutions, pour tirer de leur rapprochement avec les faits, et de leurs combinaisons entre elles, la règle supérieure d'où elles procèdent.

considérable, quoique toujours fort restreint (98), sont disséminées dans le Code et surtout dans les Novelles, qui les envisagent principalement au point de vue du droit public.

Comment, à présent, se rendre compte de ce quasi silence du droit du Bas-Empire sur les milices, de ce droit dans lequel elles avaient poussé leurs plus profondes racines et auquel elles devaient toute leur impulsion ? M. Durand en a donné une explication qu'il a attribuée à Justinien lui-même (99). C'est qu'il pouvait paraître inutile d'exposer les attributions, les droits et les devoirs d'une classe de fonctionnaires, que l'on voyait chaque jour remplir leurs charges auprès de l'Empereur et des gouverneurs de provinces. Motif excellent, à en supposer l'auteur bien authentique, de la part d'un prince qui, au moment même où il se donnait les démentis les plus formels par ses propres Novelles, n'en continuait pas moins de proclamer l'éternité des institutions juridiques de son temps (100), mais qui, sous le prétexte, peu satisfaisant pour l'avenir, que ses contemporains avaient sous les yeux le commentaire vivant qui nous manque, et dont il nous faut ramasser çà et là par fragments les débris épars, en essayant de les rajuster sans pouvoir prétendre à le compléter, aboutit, au fond, au double résultat très-regrettable de priver les interprètes postérieurs de précieux renseignements et de les laisser ainsi dans l'ignorance du détail.

— Ces divers points ont été savamment développés par M. Accarias, à son cours de Pandectes. (Novembre 1879.)

(98) Il n'existe, en effet, que quelques titres du Code, et notamment le titre *De privilegiis eorum qui in sacro palatio militant* (XII, 29), qui y consacrent quelques lignes, et encore n'est-ce que d'une manière accessoire.

(99) *Op. cit.*, p. 24, n° 29. — Cet auteur cite la novelle LIII à l'appui de son assertion. (Voy. aussi Loyseau, *op. cit.*, liv. II, chap. VIII, n° 28.) Nous n'avons malheureusement rien trouvé qui la confirme, non plus que dans les autres novelles par nous citées. (Voy. note 62, *supra*.) Mais, lors bien qu'elle ne constituerait qu'une conjecture, elle n'en est pas moins très-acceptable.

(100) Il est remarquable de voir toujours les empereurs, et surtout ceux de la décadence, statuer *in æternum*. (« *Lege pragmatica sine fine victura* », dit Justinien ; Const. 4. *De domest. et protector.*, C. Just., XII, 17.) Cette manie vraiment puérile, dans laquelle on pourrait être tenté de voir un procédé d'illusion, s'accentue davantage et devient même familière et chronique, à mesure que le prince sent le pouvoir dont il est investi s'affaiblir et se débiliter entre ses mains.

Quoi qu'il en soit, nous allons essayer d'indiquer ce que furent les *militiæ venales* dans les différents points de contact qu'elles purent avoir avec nos offices anciens ou modernes.

A cet effet, nous les examinerons au double point de vue :

I. — De leur organisation, de leur collation et des rapports de leurs titulaires avec l'autorité qui les a nommés. — (Droit public.)

II. — De leur situation dans le patrimoine des titulaires et dans les rapports des particuliers entre eux, relativement à leur transmissibilité entre-vifs et à cause de mort. — (Droit privé.) (101).

---

(101) Se demandera-t-on pourquoi nous faisons passer le droit public avant le droit privé, alors que le respect de la chronologie semblerait exiger l'examen préalable des textes les plus anciens, et par là même le renversement de l'ordre par nous adopté ? Nous répondrons qu'il nous paraît plus logique et plus rationnel d'assister tout d'abord à la création d'un titulaire de milice vénale, que de commencer par le supposer créé, par le voir trafiquer de sa charge, pour, de là, arriver à le considérer dans ses rapports avec l'autorité de qui il tient son office et sa nomination. *Prius est esse, quam esse tale.*

CHAPITRE II.

DROIT PUBLIC.

SOMMAIRE :

§ 1er. Définition et organisation des *militiæ venales*. — § 2. Collation des *militiæ*. Incapacités absolues et relatives ; incompatibilités. — § 3. Rapports des titulaires de milices avec l'autorité qui les a nommés. Suspension. Destitution et déchéance du droit de disposition. Diminution du nombre des titulaires ; réduction et suppression de *militiæ*. Augmentation du nombre des titulaires et des *militiæ* existantes ; création de nouvelles milices.

§ 1er. — *Définition et organisation des* Militiæ venales.

Les milices, comme nous l'avons déjà dit, étaient, à l'instar de nos offices ministériels, des fonctions publiques (1). Tous les textes du Code Théodosien et du Code de Justinien mentionnés ci-dessus, ou auxquels nous aurons à renvoyer par la suite, ne laissent aucun doute à cet égard. Moins explicites, il est vrai, sont, au Digeste, les fragments des jurisconsultes classiques ; cependant, ils laissent déjà percer, dans les quelques lois que nous possédons sur notre sujét, des caractères qui conviennent parfaitement à une fonction publique, et qui, en cette qualité, cadrent admirablement avec les *militiæ* du Bas-Empire. Ainsi, d'après Ulpien, la milice est inhérente à la personne (2), et ne peut être exercée par un esclave (3) ; ainsi encore, d'après Scævola, la qualité d'homme libre ne suffit même pas ; il doit s'y joindre un certain âge chez le titulaire (4) ; ainsi enfin, d'après le

---

(1) Voy. les renvois aux passages de Cujas, de Doneau et de D. Godefroy, indiqués note 6, *infra*, et comp. *ibid.* la citation de Brisson.

(2) « ..... *Si ei* (*minori filiofamilias*) *legatum sit aliquid, quod personæ ejus cohæret, puta jus militiæ*..... » (L. 3 § 7, *De minor. XXV ann.*, D., IV, 4.)

(3) L. 11 § 16, *De legat.* III, D., XXXII.

(4) L. 102 § 2, *eod.* — Nous reviendrons sur ces deux conditions d'aptitude dans le § suivant. (Voy. INCAPACITÉS ABSOLUES, nos 2 et 4.)

même jurisconsulte, la collation d'une *militia* entraîne le paiement de certaines sommes, de certains droits d'entrée (5).

Il faut toutefois se garder d'une trop complète assimilation entre les milices romaines et nos offices modernes; car un point essentiel à relever établit entre les unes et les autres une profonde différence : c'est que les *militiæ venales* étaient salariées (6).

Reste maintenant à se demander de qui les personnes pourvues d'une de ces charges touchaient leur salaire (*quæstus, sportulæ, solatium,* et autres expressions équivalentes) (7). Le recevaient-elles de l'Etat ou des particuliers ? A en croire Justinien, ces fonctions n'auraient été, avant lui, rétribuées que par le Trésor public : «... *cum utique omnis militia publica existeret, nullum quæstum omnino alium quam ex imperiali munificentia habens* », dit-il dans une novelle (8), dont nous aurons à étudier les dispositions dans le chapitre suivant (9).

Quelque formels et précis que soient les termes de cette affirmation, elle paraîtra néanmoins fort suspecte, si l'on prend soin de faire les trois remarques suivantes, dont le résultat sera de constituer Justinien en flagrant délit d'oubli de ses propres compilations, qui lui donnent un démenti absolu.

a. — Dans une espèce prévue par un texte de Scævola, relatif à la vente d'une milice, et dans lequel nous rencontrons, sans nul

---

(5) « ..... *Onera omnia et introitus militiæ*..... » (L. 102 § 3, *eod.*) Voy. § 2 *in fine, infra.*

(6) Consulter Cujac., *Opp.*, t. 2, col. 793 *in fine;* t. 3, col. 600, *Ad* § 2 *Inter venditorem*, et col. 823, *Ad L. XXII;* t. 4, col. 727 *in fine, Ad* § *ult.;* t. 7, coll. 527 *in initio*, et 1031, et col. 1380 *in fine, Ad L. ult.;* Donell., *Opp.*, t. 5, col. 536, et t. 9, col. 1105, 1; D. Gothof. (éd. Elzevier, 1663), note 86 sur la L. 52 § 2, *De action. empt. et vend.*, D., relatée au texte, ci-dessous, lettre *a.* — Brisson (*De verb. signif.*, v° MILITIÆ) prétend que : « *Militiæ item appellabantur commoda illa annonarum et salaria quæ armatam vel inermem militiam exercentibus publice præstabantur.* » Mais les textes qu'il cite sont loin de le prouver.

(7) Telles que *emolumentum, compendium militiæque fructus.* (Voy. Const. 4, *De domestic. et protector.*, C. Just., XII, 17.)

(8) Novell. LIII, cap. v pr. *in fine.*

(9) Voy. chap. III, § 2, sect. I, art 2.

doute, une véritable cession de recouvrements (10), il est parlé d'un pacte intervenu entre les parties, vendeur et acheteur, et conclu de la sorte : « *Inter venditorem et emptorem militiæ ita convenit, ut salarium quod debeatur ab illa persona emptori cederet.* » Le jurisconsulte, raisonnant beaucoup moins sur la valeur et l'efficacité de ce pacte que sur son étendue, poursuit en disant : « *Quæsitum est, emptor militiæ quam quantitatem a quo exigere* [*debet*], *et quid ex ejusmodi pacto venditor emptori præstare debeat ? Respondit, venditorem actiones extraordinarias eo nomine, quas haberet, præstare debere.* » (11) Or n'est-il pas évident que, par les mots *ab illa persona* de la première phrase, et par l'expression correspondante *a quo exigere debet* de la seconde, Scævola entend non pas du tout le fisc, mais bien un autre débiteur du cédant (12) ? Justinien a donc oublié ce texte en écrivant le début du chapitre v de sa novelle LIII.

Il y a mieux. Pour éviter l'erreur dans laquelle il est tombé, ce

---

(10) Nous reviendrons sur ce sujet en nous occupant du droit privé. (Voy. chap. III, § 2, sect. 1, art. 1 *in fine*.)

(11) L. 52 § 2, *De action. empt. et vend.*, D., XIX, 1.

(12) Cet autre débiteur est le collège ou la corporation auquel se trouvait attaché le démissionnaire, comme l'indique fort justement D. Godefroy dans sa note 87 sur les mots *ab illa persona* : « *Id est,* » dit-il, « *a collegio, aut corpore aliquo, puta advocatorum : et sic militiarum salarium non a sola Principis liberalitate promanat, ut ait Nov. 53.* » Comp. sa note 86 : « *Cæterum militia est officium eorum, qui in aliqua schola inter statutos relati sunt, et ab ea salarium accipiunt.* » Si cette interprétation est exacte, et nous ne voyons rien qui la contredise, le texte de Scævola contiendrait en germe l'idée de nos bourses communes, qui existent pour quelques-unes des corporations de nos officiers ministériels, notamment pour les commissaires-priseurs. — Ce qui nous porte à admettre complètement l'opinion de Godefroy, et ce qui la rend très-vraisemblable, pour ne pas dire certaine, c'est précisément l'emploi du mot *persona* qui, très-souvent, est pris dans le sens de corporation ou personne morale. (Comp., sur cette loi, Cujac., *Opp.*, t. 3, col. 600.) — Du reste, rien n'empêcherait d'imaginer une cession de recouvrements contre un ou plusieurs particuliers, clients du titulaire cédant, bien que, pour nous, ce ne soit évidemment pas à cette hypothèse que le texte se réfère : le mot *persona* le prouve ; mais que le cas soit possible, c'est ce dont on se convaincra sans peine, si on suppose la convention dont s'agit, passée, par exemple, entre un avocat, titulaire d'une milice vénale, ou un *viator*, démissionnaires en faveur d'un acquéreur de leur charge. (Voy. au texte, ci-dessous, les lettres *b* et *c*.) — Chez nous, les greffiers sont les seuls titulaires de charges vénales qui reçoivent un traitement de l'Etat. (Voy. *Introd. gén.*, note 107, p. 62, et note 205, p. 184.) Tous les autres reçoivent leurs honoraires des particuliers pour lesquels ils occupent ; quelques corporations enfin, comme il vient d'être dit, ont des bourses communes.

Prince n'aurait eu qu'à ne point perdre de vue l'usage suivi et la pratique consacrée sous son propre règne, en ce qui concerne les avocats et les *viatores*.

b. — Les avocats, tout d'abord, titulaires de milices généralement vénales (13), n'étaient pas payés par l'Etat, et le Code de l'empereur byzantin leur recommande, à plusieurs reprises, d'être modérés dans la réclamation de leurs honoraires contre leurs clients (14).

c. — Pareillement, les *viatores*, sorte d'huissiers, dont l'emploi constituait aussi, assez vraisemblablement, une *militia* (15), étaient, de leur côté, soumis à des tarifs au delà desquels ils ne pouvaient rien demander aux parties, et Justinien lui-même établit la sanction de ces tarifs dans un texte bien connu des Institutes, où il donne quatre exemples d'actions au quadruple; parmi eux figure précisément l'hypothèse spéciale que nous avons en vue, c'est-à-dire celle ou un *executor litium* (16), ne trouvant pas suffisant le taux fixé par la Constitution à laquelle renvoient les Institutes (17), en aurait négligé l'observation à son profit (18).

---

(13) On rencontre, comme s'appliquant à eux, les expressions suivantes : *Corpus togatorum; consortio advocatorum sociari; statuti; supernumerarii.* (Voy. Constt. 3, 11 § 1, et 13, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7. *Junge*, pour les avocats du fisc, *consortium :* Const. 3 pr. et § 4, *De advoc. divers. judic.*, C. Just., II, 8; *officio sociari, eod.*, § 5. Ce terme est du reste fréquent dans les textes pour signifier corporation ; voy., par exemple, pour les *domestici* et les *protectores*, Const. 38, *De decurion.*, C. Th., XII, 1, et une infinité d'autres.) — Comp. d'ailleurs la partie de notre premier appendice relative aux avocats. (*Appendice* I, II, 1°.)

(14) Constt. 3, 5 et 6 § 5, *De postul.*, C. Just., II, 6. Justinien faisant siennes, en les insérant dans son Code, ces trois décisions, dont aucune ne lui appartient, n'y a certainement pas songé plus qu'au passage sus-indiqué de Scævola, en écrivant le pr. du chap. v de sa novelle LIII; sans quoi, il se fût gardé de l'exagération manifeste que ces différents textes autorisent à lui reprocher.

(15) *Sic :* MM. Perriquet, *op. cit.*, p. 14, n° 8 *in fine*, et de Tourville, p. 21 de son manuscrit. — Ce qui est absolument certain, c'est que les *apparitores* des proconsuls des provinces, parmi lesquels figuraient des *decuriæ lictorum viatorum*, occupaient, comme les appariteurs des magistrats romains, à Rome, des fonctions vénales. — Comp. d'ailleurs Novell. LXXXII, cap. 7 § 1.

(16) Justinien nous indique très-nettement que les termes *viatores* et *executores litium* étaient synonymes. (§ 24, *De action.*, Inst., IV, 6; voy. note 18, *infra.*) On trouve aussi *exactores* dans le § 2 de la Constitution citée à la note suivante.

(17) Const. 4, *De sportul.*, C. Just., III, 2. Voy. notamment le § 2. Le tarif établi par Justinien ne nous est pas parvenu.

(18) « *Quadrupli (agitur)..... item ex lege condicticia, a nostra constitutione ori-*

Nous arrivons donc à la définition suivante :

Les *militiæ venales* étaient des emplois publics d'un caractère tout à fait subalterne (19), dont les titulaires touchaient des salaires, des traitements ou émoluments soit de l'Etat, soit de la corporation à laquelle ils se rattachaient, soit enfin de leurs clients (20), et qui constituaient, entre les mains de ces titulaires, une propriété d'un genre tout spécial, soumise, quant à ses divers modes de transmission, au contrôle de l'autorité supérieure (21).

En ce qui touche à présent l'organisation des *militiæ*, nous serons fort bref, le § 4 du chapitre précédent, dont nous n'avons guère qu'à contrôler ici l'exactitude par une application spéciale, nous dispensant de bien longs commentaires.

Les milices, dans le dernier état du droit au moins, formaient plusieurs compagnies, dont l'agencement général n'est pas sans ressemblance avec les corporations ou compagnies de nos officiers ministériels. C'est chacune de ces compagnies que sert à désigner le mot *schola* (22) dans les nombreux textes des Codes

---

tur, in quadruplum condemnationem imponens his exsecutoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam a reis quidquam exegerint. » (§ 25, *De action.*, Inst. IV, 6; cf. § 21, *eod.*) Justinien frappe également d'une action au triple tout demandeur qui se serait avisé de réclamer dans le *libellus conventionis* plus qu'il ne lui est dû, « *ut ex hac causa viatores, id est, exsecutores litium, ampliorem summam sportularum nomine exigerent...* » (§ 24, *eod.*; cf. § 21. *Junge* Const. 2 § 2, *De plus petit.*, C. Just., III, 10.) — Comp., sur les *viatores* ou *executores litium*, *Appendice* I, III.

(19) Aussi ne constituaient-elles pas des *dignitates*, ainsi que l'on pourra s'en convaincre d'une façon absolument péremptoire, en lisant la rubrique et le contenu du titre 34, lib. XII, au C. Just., et tout spécialement les Constitutions 5 et 7 à ce titre, ainsi que la novelle LXXXI, *Præfat.*, *in fine*. Cujas, tout en constatant à plusieurs reprises (*Opp.*, t. 1, col. 1018, *in med.*; t. 7, col. 555 *in fine*) la vérité de cette idée, qui sera mise en pleine lumière par les résultats que nous lui verrons produire quand nous traiterons des incompatibilités (§ 2, *infra*), de la vénalité (chap. III, § 2) et du rapport (chap. III, § 3, sect. 2), Cujas nous semble en tirer des conséquences exagérées, comme nous aurons soin de le faire remarquer, en parlant de l'incapacité des *infames*, § 2, *infra*.

(20) Voy. ce que nous avons dit note 12, *supra*, *in fine*, relativement à nos greffiers.

(21) Cette dernière idée sera développée dans le § suivant. — Comp. la définition de Fr. Ad. Schilling, trad. de M. Pellat, *Traité du droit de gage et d'hypothèque*, p. 16, 3°. Voy. aussi Glück, *Erläut. der Pand.*, t. 19, pp. 293 et suiv.

(22) Pour être le plus fréquent, ce terme n'est pas unique. Il a pour synonymes : *corpus* (*ex. gr.* : Const. 1, *De decan.*, C. Just., XII, 27), *consortium*, *agmen*, et autres du même genre. Comp. notes 12 et 13, *supra*, et la note suivante.

qui se réfèrent aux milices vénales (23) et non vénales (24); de ce terme ainsi entendu dérivent les expressions de *scholares* (25) ou de *scholastici* (26), employées quelquefois pour désigner les titulaires des milices, *milites* ou *militantes* (27).

La hiérarchie, qui joua un si grand rôle au Bas-Empire (28), ne pouvait manquer d'exercer ici son influence. Aussi bien, on en retrouve le principe dans les *militiæ*. Chaque compagnie avait un chef, qui portait un titre différent, suivant la milice. Plusieurs compagnies de milices étaient, d'ordinaire, réunies en un groupe, souvent appelé *officium*, sous les ordres supérieurs d'un chef important, placé le plus souvent lui-même sous la surveillance d'un dignitaire plus élevé en rang (29). Ainsi, pour ne citer que

---

(23) Spécialement, quant aux milices que nous savons être vénales, on trouve ce terme de *schola* pour les *domestici* (Constt. 1, 3, 10, *De domest. et protector.*, C. Th., VI, 24; Const. 3 pr., *Ubi senator.*, C. Just., III, 24; Const. 2, *De domest. et protector.*, C. Just., XII, 17), et pour les *silentiarii*. (Const. 4, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16.) — Quant aux *adjutores quæstoris*, un texte exprime la même idée par l'expression « *adjutorum agmini pro se sociare* » (Const. 13 § 2, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19), qui est sensiblement équivalente au mot *schola*, puisqu'ailleurs on trouve la locution *scholæ sociari* (Const. 1, *De præpos. agent. in reb.*, C. Just., XII, 21), dans le sens de faire partie de l'une de ces corporations de milices, y être admis. (Cf. *militæ sociari*, Const. 10, *De div. off.*, C. Just., XII, 60.) Enfin le mot *consortium*, que nous avons déjà rencontré au sujet des avocats (voy. *supra*, note 13), est employé relativement aux *scriniarii* (Const. 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just.), qui, nous le rappelons, se trouvaient sous les ordres supérieurs du *magister officiorum* (voy. chap. I, § 4, note 21), dont tous les subordonnés sont appelés *scholares*, ou membres d'une *schola*. (Const. 5, *De offic. mag. officior.*, C. Just., I, 31.)

(24) Nous citerons, par exemple, le titre 30 du liv. XII au C. Just., qui porte pour rubrique : « *De privilegiis scholarum* », et la Const. 2, *h. t.*, qui a trait à ceux « *qui in singulis scholis mititant.* » — Comp. d'ailleurs chap. I, § 3, note 34, et § 4, notes 65 et 71.

(25) Const. 3, *De offic. mag. officior.*, C. Just., I, 31 ; Const. 3 pr. et §§ 3 et 4, *De privileg. scholar.*, C. Just., XII, 30.

(26) Const. 2, *De lucr. advocat.*, C. Just., XII, 62.

(27) Voy. sur ces deux termes, chap. I, § 3, note 27, et consultez sur tout ce qui précède, Brisson, *De verb. signif.*, v° SCHOLA.

(28) Voy. chap. I, § 4, note 84.

(29) C'était le fait habituel, mais non pas constant : ainsi, les *adjutores quæstoris* se trouvaient sous les ordres directs du *quæstor S. P.*, *vir illustris* qui était le chef d'une sorte de département spécial. Nous rappelons toutefois qu'il n'avait de bureau à lui, ni en Orient, ni en Occident, et que, dans les deux empires, il tirait ses secrétaires des autres bureaux : « *Officium non habet, sed adjutores de scriniis quos voluerit* », porte la *Notitia dignit. Orient.* (cap. XI, § II ; Böck., t. 1, p. 40) ; « *habet subadjuvas adjutores memoriales de scriniis diversis* », lit-on également dans la *Notitia*

des exemples puisés dans le domaine propre aux milices vénales, nous nommerons d'abord les employés qui avaient le soin de la personne, des vêtements et des appartements de l'Empereur. Ils comprenaient, d'après Pancirole (30), suivi par MM. Guizot (31) et Serrigny (32) :

1° Des *cubicularii*, chambellans, répartis en bandes de dix (*plures decani*) (33), servant le prince dans ses appartements (34), et ayant à leur tête un *primicerius sacri cubiculi* (35), ou premier chambellan ;

2° Des *mensores*, des *cellarii* (employés dans les cuisines et dans les offices), des *pædagogii* (pages élevés pour le service dans l'intérieur du palais), des *lampadarii* (36) ; chacun de ces quatre groupes de serviteurs avait à sa tête un *primicerius*, ayant lui-même pour chef le *comes castrensis* (37), ou comte de l'hôtel, commandant de ceux qui servaient l'Empereur à table et dans son palais ;

---

dignit. Occident. (cap. IX, § II ; Böck., t. 2, p. 45). Comp. chap. I, § 4, note 46. — Justinien fixa ce nombre à douze secrétaires du *scrinium memoriæ*, sept du *scrinium epistolarum*, et sept du *scrinium libellorum*. (Const. 13 pr. et § 1, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19.)

(30) *In Notit. imp. Orient.*, cap. LX, pp. 96 et suiv.

(31) *Cours d'histoire moderne*, t. 3, pp. 213 et suiv.

(32) *Op. cit.*, t. 1, pp. 82 (chap. IX) et suiv. — Si la *Notitia* de Böcking est muette sur le tableau qui va suivre (voy. t. 1, p. 37, et t. 2, p. 41), du moins son savant éditeur adopte-t-il la restitution de Pancirole. (Voy. t. 2, pp. 293 [cap. 7, A] et suiv. — Comp. t. 1, pp. 232 [cap. IX] et suiv.)

(33) Voy. les titres *De decanis*, au C. Th., VI, 33, et au C. Just., XII, 27. Consulter aussi Böcking, t. 2, pp. 299 et suiv.

(34) L'impératrice avait aussi des *cubiculariæ* à son service. (Const. 4 *in fine*, *De præpos. sacr. cubic.*, C. Just., XII, 5) ; mais elles avaient également pour chef un *vir illustris præpositus sacri cubiculi*, et non une *femina illustris præposita sacri cubiculi*. (Const. 5, *eod.* ; cf. Const. 3.) Nous verrons l'importance de cette observation dans le § suivant. (Voy. § 2, note 91.)

(35) Ammien Marcellin (XXIX, 2) l'appelle : *cubiculariis officiis præpositus*.

(36) Nous avons donné la signification des mots *mensores* et *lampadarii*, chap. I, § 4, note 21, 3°, p. 395.

(37) *Castrensis sacri Palatii*. (Inscript. Constit. 1, *Si petit. soc.*, C. Th., X, 14 = inscript. Const. unic., *Si liberal. imp. soc.*, C. Just., X, 14. — Cf. inscript. Constit. 12, *De palat. sacr. larg.*, C. Th., VI, 30 ; Constitt. 1 et 2, *De castrensian.*, C. Th., VI, 32 = Constt. 1 et 2, *eod.*, C. Just., XII, 26.)

3° Des employés préposés à la garde-robe sacrée, étant sous les ordres du *comes sacræ vestis* (38);

4° Des *chartularii cubiculi*, secrétaires ou archivistes particuliers de l'Empereur, au nombre de trois en Orient (39);

5° Des *silentiarii*, ordinairement au nombre de trente, divisés en trois décuries, ayant chacune à sa tête un *decurio* (40);

6° Enfin le *comes domorum*, intendant des hôtels où demeurait l'Empereur avec l'impératrice (41).

Or, le *Primicerius S. cubiculi*, le *Comes castrensis*, le *Comes sacræ vestis*, les *III Chartularii S. cubiculi*, les *Decuriones III silentiariorum XXX*, et le *Comes domorum* étaient eux-mêmes sous les ordres suprêmes du *Præpositus S. cubiculi*, ou grand chambellan, qui occupait un rang élevé parmi les *illustres* (42).

Un autre exemple nous est fourni par les *scriniarii*. Nous avons dit que, d'après nous, chaque *scrinium* avait à sa tête un *magister*. Or, au-dessous des *magistri scriniorum*, se trouvaient les *proximi* et les *melloproximi*, et au-dessus, le *magister officiorum* (43).

De l'ensemble de ces données résulte cette conséquence générale : c'est que, dans la plupart des cas (44), il n'existait pas de rapport immédiat, mais seulement une relation médiate entre le chef suprême d'un département et ses subordonnés, quelqu'élevés que fussent leurs rangs. Ainsi, le *proximus* d'un *scrinium* était sous les ordres directs du *magister scrinii* auquel il appartenait,

---

(38) Const. unic., *Qui a præbit. tiron.*, C. Th., XI, 18; Const. 3, *De castrensian.*, C. Just., XII, 26.

(39) Voy. Böcking, t. 1, p. 233, 5.

(40) C. Th., VI, 23; C. Just., XII, 16. — Voy. Pancirol., *Notit. imp. Or.*, cap. LXII; Böcking, *Notit. Occid.*, t. 2, pp. 293 et 299; J. Gothof., *Ad tit. De decurion. et silentiar.*, C. Th., VI, 23, et *Ad Const.* 1, *h. t.* — Comp. chap. I, § 4, note 88. Voy. Böcking, *Notit. Occid.*, t. 2, pp. 293 *in fine*, et 297, 6.

(41) Const. 11, *Ubi causæ fiscal.*, C. Just., III, 26; Const. 2, *De præpos. sacr. cubic.*, C. Just., XII, 5; Const. 3, *De palat. sacr. largit.*, C. Just., XII, 24. — Voy. Böcking, *Notit. Occid.*, t. 2, pp. 293 *in fine*, 297, 6, et 298, d.

(42) Const. unic., *De præpos. sacr. cubic.*, C. Th., VI, 8 = Const. 1, *eod.*, C. Just., XII, 5. — Comp. chap. I, § 4, note 28.

(43) Voy. chap. I, § 4, note 21, 4°, p. 395 *in fine*, et note 63.

(44) Cette restriction est commandée par l'observation faite *supra*, note 29.

et sous l'autorité indirecte et supérieure du *magister officiorum*.

Tout corps constitué exige une discipline ; elle existait dans les *militiæ*, où elle était aussi nécessaire que partout ailleurs. A l'égard des milices palatines, nous savons déjà que c'était le *magister officiorum* qui remplissait le rôle disciplinaire (45) : « *Ad eum nimirum palatii pertinet disciplina ; ipse insolentium scholarum mores procellosos moderationis suæ terminis prospere disserenat* », nous dit Cassiodore (46). D'une manière plus générale et plus large, Anastase, par une constitution insérée au Code de Justinien (47), réserva à des juges spéciaux la connaissance de tous les faits relatifs aux milices : « ... *ut ipsis... judicibus, sub quorum jurisdictione militia, sive dignitas eorum constituta est, proculdubio respondeant.* » Il conserva, du reste, aux juges de droit commun, « *tam in publicis, quam in privatis causis* », la connaissance des affaires concernant les titulaires (*statuti*), en dehors de leurs fonctions, « *præter militiam.* » Nous venons de signaler une application de cette loi, au sujet du *magister officiorum*. La novelle XXXV de Justinien nous paraît en fournir une seconde, par rapport aux *adjutores quæstoris :* sans l'exprimer formellement, elle implique du moins l'idée que ceux-ci se trouvaient, en ce qui touche les faits relatifs à leur charge, sous la juridiction du *quæstor*. C'est ce qui nous semble résulter du rôle important qu'elle attribue à ce dernier, dans la nomination des successeurs de ses *adjutores*. Si, en effet, l'acquéreur de la milice d'un *adjutor* doit être, comme nous le verrons d'ici peu (§ 2), nommé par le *quæstor*, cela ne tient-il pas à ce que celui-ci avait la haute main sur toutes les *militiæ* qui composaient son département, et,

---

(45) Voy. chap. 1, § 4, note 21.

(46) *Var.*, VI, 6. — Nous lisons de même dans la *Notitia dignit. Codic. Theod.* (éd. Ritter, t. 6, f° 16, col. rect. *in fine*) : « *Gubernabat is* (*Magister officiorum*) *officia Palatina.* (Const. 2, *De gladiator.*, C. Th., XV, 12; Const. 4, *De his, qui sup. relig. contend.*, C. Th., XVI, 4.) *Palatini ad hunc puniendi mittebantur.* » (Constit. 2, *De gladiator.*, précitée.)

(47) Const. 7, *De jurisdict. omn. judic.*, III, 13.

par là même, à ce qu'il avait la connaissance de tous les faits qui s'y rattachaient? — Les exemples seraient faciles à multiplier, d'hypothèses dans lesquelles la constitution d'Anastase trouve sa confirmation. Si nous nous en tenons aux deux précédents, c'est qu'ils nous semblent suffisants, pour en faire comprendre l'esprit et la portée.

§ 2. — *Collation des* Militiæ. — *Incapacités absolues et relatives. Incompatibilités.*

Fonctionnaires publics, c'est-à-dire délégués et mandataires du Prince, dans l'une des nombreuses branches d'une vaste administration comme celle de l'empire romain, les titulaires des milices devaient nécessairement être soumis à la double règle de recevoir leurs pouvoirs des mains de leur mandant, le Souverain, et de ne les conserver qu'autant qu'il les en considérait dignes. Ces principes fondamentaux, en matière de fonctions publiques, existèrent à l'égard même des milices dans lesquelles pénétrèrent l'hérédité et la vénalité. Les empereurs furent toujours trop soigneux de leurs intérêts pour y faire brèche, lors bien que, par pure faveur, ils permirent à certains officiers de disposer à titre onéreux, soit à cause de mort, soit entre-vifs, de ces charges dont ils avaient été gratuitement pourvus (1). Il suit de là que la transmission de cette propriété, forcément imparfaite, *sui generis*, restant soumise à l'approbation et au contrôle du Pouvoir, ne paralysa jamais sa liberté d'action. Aussi était-ce du Prince, ou de son délégué ou représentant, qu'émanait la nomination, nous voulons dire l'institution du candidat à une *militia venalis*, alors même qu'il était présenté par un titulaire en exercice, qui faisait vaquer à son profit (*in favorem*) sa place par sa démission ; si bien que de cette investiture seulement datait, pour le nouveau

(1) Ces concessions furent pour les empereurs un moyen de donner, sans bourse délier, une gratification à leurs officiers, et d'accorder une récompense à des services toujours longs et parfois très-méritoires.

titulaire, un droit sur la milice, droit réel, *jus in militia*, qui nous apparaît dès lors comme une conséquence directe et immédiate de cette investiture même; jusque-là, la convention pécuniaire qui avait pu intervenir entre lui et son prédécesseur demeurait à l'état de convention purement privée, c'est-à-dire qu'elle ne lui avait conféré qu'un droit à la milice, droit personnel, *jus ad militiam*.

Ainsi donc, non-seulement on doit se garder de voir, dans ces concessions favorables auxquelles nous venons de faire allusion, une abdication pure et simple de leur droit, de la part des empereurs, mais il faut reconnaître, tout au contraire, que la liberté de leur choix personnel était loin d'être compromise (2). En un mot, comme aujourd'hui (*mutatis mutandis*), la *militia* seule était la propriété du titulaire : le *titre* n'en continuait pas moins de demeurer aux mains du Pouvoir (3), toujours libre de le conférer ou de le refuser (4), de le démembrer par des créations nouvelles, ou de le faire disparaître en partie ou en totalité par réduction ou suppression.

Tel est le côté théorique de la question.

Envisagée au point de vue pratique, comment se manifestait cette sorte de *libertas retenta* de l'autorité souveraine? De cinq manières différentes, répondrons-nous.

a. — Tout d'abord, il était absolument loisible au chef de l'Etat, suivant les circonstances, de ne point agréer le postulant ;

b. — Que si, en second lieu, tout candidat devait être présenté par un titulaire en exercice, que si toute collation de titre devait être précédée d'une démission (5), nous savons que ce n'en était pas moins dans les lettres de provision délivrées par le Prince (et

(2) Comp. note 31, *infra*.

(3) Il en est de même ici, si l'on veut bien nous permettre cette comparaison, que d'un lingot d'or ou d'argent : la matière seule est objet de propriété privée; le titre est du domaine de la puissance publique.

(4) Voy. toutefois la fin de ce paragraphe.

(5) Il est évident que cette démission était toujours subordonnée à l'acceptation, par l'Empereur ou son représentant, du successeur présenté. (Voy. la fin de ce paragraphe.) Il en est encore ainsi aujourd'hui par la force même des choses.

sur lesquelles nous allons avoir à revenir sous peu), que le nouveau titulaire puisait sa *qualité* et son *titre* : la *resignatio in favorem* (6) n'avait pour unique effet que de donner au cessionnaire une espérance ayant quelque fondement, mais non du tout de lui conférer un droit dans la charge (7), droit qui ne pouvait résulter, nous le répétons, que de l'investiture donnée par l'Empereur ou son représentant ;

c. — A supposer la nomination faite, il avait la faculté de suspendre et de destituer les titulaires qui s'étaient rendus indignes d'exercer leurs fonctions;

d. — Il n'est pas douteux qu'il avait le droit d'accroître le nombre des milices, soit par voie d'augmentation des anciennes charges, soit par voie de création de nouvelles ;

e. — Enfin il ne l'est pas davantage qu'il pouvait, à l'inverse, en supprimer certaines autres en totalité ou en partie.

Ces deux derniers pouvoirs impliquent également celui d'organiser autrement les milices existantes, ou de les confier à d'autres fonctionnaires, comme d'accroître ou de réduire leur nombre Tout cela dépendait éminemment des exigences de l'intérêt public.

De la constatation de ces faits, qui vont former la matière de la

---

(6) Cette locution appartient au droit canonique.

(7) L'espérance dont nous parlons au texte a trait aux seuls rapports du cessionnaire avec l'autorité supérieure. Car il est clair qu'elle se transformait en un droit véritable dans ses rapports avec le cédant. C'est ce droit que nous avons qualifié ci-dessus de *jus ad militiam*. — En d'autres termes, il était aussi exact de dire à Rome qu'il l'est encore de nos jours, que toute résignation ou cession de charge constitue un *negotium*, une opération juridique complexe : ferme entre le cédant et son successeur désigné, en ce sens qu'elle crée, au profit de ce dernier, un droit personnel contre le premier, son exécution est toujours subordonnée à la condition suspensive de l'agrément par le chef de l'Etat ou son délégué. Comme aujourd'hui, le démissionnaire donnait satisfaction à son obligation, par le double fait de sa démission et de la présentation de son successeur, alors même que celui-ci n'était pas nommé : c'est qu'en effet l'investiture n'étant pas dans le commerce, le cédant n'avait pu la promettre. Car c'est là une *res quæ non dominio ejus subjiciebatur*, ou *cujus commercium non habebat*, comme disent les Institutes (pr. et § 2, *De inutil. stipul.*, III, 18). Sa promesse eût d'ailleurs été nulle à cet autre point de vue, qu'elle aurait porté sur le fait d'un tiers, l'Empereur ou son représentant. Par conséquent, la seule obligation qu'il avait pu contracter, c'était : *effecturum se ut Princeps*, par exemple, *probatorias daret.* (§ 3, Inst., *eod.*)

fin de ce chapitre, concluons que l'introduction de la vénalité n'avait, en réalité, porté aucune atteinte vraiment sérieuse à la prérogative impériale, puisque, grâce au refus possible du candidat, à l'exigence de lettres de provision, à la destitution possible de l'officier, à l'augmentation ou à la suppression ou réduction possibles des *militiæ*, à leur nouvelle organisation, aux modifications dans leur personnel, le collateur pouvait exercer sur les transmissions un droit de contrôle très-efficace, et en règler les conditions, soit quant au prix, soit quant à la capacité, comme nous verrons qu'il le fit pour la *militia* des *adjutores quæstoris*, par exemple (8).

Il y a lieu ici de se poser une question délicate. Lors d'une nomination à une milice, qui exerçait réellement le contrôle sur le choix du candidat ? De qui émanait la collation ? Ce point est assez difficile à déterminer. Loyseau (9) affirme que « pour le regard des menus Offices des domestiques, soit de l'Empereur, soit des Gouverneurs des Provinces Romaines, même des Ministres de Justice (qui êtoient tous appellés *Milices*), ils furent reduits en bandes et compagnies appellées *Scholæ*, ainsi que les bandes de la gendarmerie, et estoient conferé par le chef de chacune compagnie, qui du cômencement y pourvoioit *pleno jure*, comme il est dit en cette Nov. 35. (Elle se réfère précisément aux *adjutores quæstoris*, dont la milice était vénale.) Mais enfin », ajoute-t-il, « les Empereurs voulurent qu'en la pluspart des Milices de leurs domestiques, on prist lettres de confirmation d'eux, qui, aux trois derniers livres du Code, sont appellées *Probatoriæ*, et aux Nov. δοκιμασιαι, ce qu'ils ordonnerent sous de grandes peines, même d'exil et de mort, tant cela fut malaisé à établir du commencement, ainsi qu'il se void en la loy *Probatoriæ. C. de diver. Offic.* (10) et sur tout en la loy derniere de ce même titre, où sont specifiées les Milices sujetes à prendre confirmation de l'Empereur, et est dit, que les lettres de

(8) Nov. XXXV.
(9) *Op. cit.*, liv. I, ch. III, nos 27, 28 et 29. Comp. no 65.
(10) Const. 9, C. Just., XII, 60.

confirmation doivent être enregistrées au greffe du Juge, par devant lequel l'Officier prête le serment. »

Il y eut donc, en ce qui concerne les collations de titre, deux couches successives dans la législation ; au début, le chef de chaque compagnie nommait à la place vacante qui dépendait de lui (11) ; par la suite, il partagea ce droit avec l'Empereur. De telle sorte que, dans le dernier état du droit, deux modes de nomination coexistèrent. Mais comment se répartissaient-ils ? Quelle était l'application distributive qui en était faite ? Sans trop nous avancer dans la solution de cette question assez obscure, nous croyons que, pour les fonctions subalternes, il suffisait que le candidat ait été agréé par le chef de la compagnie : telles étaient, par exemple, les fonctions des *adjutores quæstoris*, pour lesquels, en effet, la novelle XXXV exige seulement l'*electio quæstoris* : « *Habeant... jus vendendi militiam suam,... dummodo et is qui subrogatur, electione quæstoris fiat.* » Pour d'autres assez nombreuses, il fallait au contraire, et c'était là un ancien usage (*veteri consuetudine*) (12), que l'Empereur eût, au moyen des *probatoriæ*, approuvé, confirmé le choix, la désignation, la présentation du candidat émanant de l'un des chefs (*primates*) des différentes compagnies, responsables dans tous les cas de ceux qu'ils avaient sous leurs ordres. C'est par ce procédé d'interprétation, peut-être, qu'on peut faire concorder avec la novelle XXXV des textes du Code de Justinien de la même époque, tels, notamment, que la Constitution 10, au titre *De diversis officiis* (13), qui contient

(11) *Sic* M. Durand, *op. cit.*; n° 30, pp. 24 et suiv. — Cet auteur commet toutefois une erreur lorsque, après avoir constaté, comme nous, qu' « A l'origine, le droit de nommer à ces offices appartenait au chef », il ajoute : « Aussi le *magister officiorum* est-il appelé par Cassiodore *gloriosus donator aulici consistorii, quasi alter Lucifer.* » Dans le passage visé de l'auteur des formules, il s'agit, en effet, de tout autre chose : « *Aspectus Regi haud irritus* », y est-il dit, « *promissor collocutionis Nostræ, gloriosus donator aulici consistorii, quasi quidam lucifer : nam sicut ille venturum diem promittit, sic iste desiderantibus vultus Nostræ Serenitatis attribuit.* » (*Var.*, VI, 6.) Comme on le voit, il n'est pas ici question de nomination, mais bien d'admissions d'audience auprès du Prince, dispensées par le *magister officiorum*.

(12) Expression empruntée à la Constitution 10 citée ci-après.

(13) XII, 60. Joindre les textes cités chap. I, § 4, note 42. — Ces lettres de provision ou de service, appelées *probatoriæ sacræ, divales, divinæ, imperiales*, ou *authen-*

toute une règlementation curieuse sur la forme et sur la teneur des brevets ou diplômes (*exemplaria*) (14), et sur leur dépôt, ainsi que des précautions propres à faire respecter ses prescriptions (voy. la note 15), et qui renferme enfin la *notitia* (tableau, liste ou rôles) de toutes les fonctions dont, à l'avenir, on ne pourra, sous peine d'être réputé faussaire, et sous la double sanction d'une confiscation en masse de ses biens et de la perte de sa vie, se faire investir, qu'après la délivrance des *sacræ probatoriæ* (15). On remarquera du reste que cette longue loi, qu'il faut rattacher à la précédente, et que ses auteurs Léon et Zénon appellent modestement *sacri apices* (16), ne mentionnant pas dans sa *notitia* les *adjutores quæstoris,* ne se trouve pas en contradiction avec la novelle XXXV. Elle est, au surplus, formelle pour dire qu'il y a des exceptions au principe qu'elle pose (17).

Que signifie, à présent, cette exigence de ces sortes de

---

ticæ sacræ probatoriæ, et quelquefois aussi *codicilli, codicilli imperiales* (voy. ch. I, § 2, notes 33 et 34), ou *sacrum rescriptum* (voy. les textes auxquels nous venons de renvoyer), semblent d'ailleurs avoir été en usage pour la *militia armata* (Const. 17, *De re milit.*, C. Just., XII, 36), comme pour la *militia civilis.* (Const. 3, *De agent. in reb.*, C. Just., XII, 20.) Il en était également délivré pour des fonctions et des dignités même des plus considérables, autres que les milices. Les Institutes, à la suite d'une Constitution de Justinien (Const. 5, *De consul.*, C. Just., XII, 3), nous en fournissent la preuve, relativement à la *summa patriciatus dignitas.* (§ 4, *Quib. mod. jus potest. solvit.*, I, 12; cf. *Patriciatus codicilli*, Novell. LXII, § 2. — *Junge* Lamprid., *Alex. Sev.*, 49, et Const. unic., *De perfectissim. dignit.*, C. Just., XII, 33.)

(14) Ce mot désigne proprement des copies. (Voy. Suet., *Vespas.*, 8 *in fine.*)

(15) La pénalité n'était pas toujours aussi rigoureuse; elle consistait parfois dans la perte de la charge et dans une amende, par exemple de vingt livres d'or, comme cela avait lieu pour les *scholares.* (Const. 5 pr., *De offic. mag. officior.*, C. Just., I, 31.)

(16) Ce mot, d'origine religieuse (Festus, lib. I, v^is ALBOGALERUS et APEX, éd. Panck., pp. 20 et 33), désigne proprement un insigne, un sommet, une cime, une pointe, et il signifie, au figuré, faîte, grandeur, comble, couronnement. Il est parfois employé, dans les textes juridiques du droit classique, dans le sens dérivé de subtilité ou minutie, comme dans la locution *apices juris*, dont se sert Ulpien. (L. 29 § 4, *Mand. vel contra*, D., XVII, 1.) Dans le langage toujours emphatique du Bas-Empire, ce terme, bien qu'il soit encore employé dans son sens propre, comme dans la locution *dignitatis apex* (Const. 5, *De consul.*, C. Just., XII, 3), désigne quelquefois tout simplement un écrit émané de l'Empereur, lettre, rescrit, ou, comme ici, constitution. — Voy., sur ce mot, P. Barral et A. Rich, *opp. citt.*, *h. v.*

(17) « *Quamvis autem manifestum sit de hujusmodi probatoriarum observatione excepta esse cæterorum judicum officia, tamen ne ulla* [*ei*] *ignorantiæ relinquatur occasio, omnium officiorum, quibus necesse est per sacras probatorias militiæ sociari, notitiam* [*in*] *sacris apicibus subdendam esse censuimus.* »

lettres patentes, revêtues de la signature ou apostille impériale (18), *adnotatio* ou *annotatio* (19), et du contre-seing, *subscriptio*, de la nomination, apposé par le chef de la compagnie dont désirait faire partie le nouveau titulaire de la milice (20)? Quel est le sens pratique de cette impérieuse nécessité d'obtenir, avant l'entrée en fonctions, la délivrance de ces *probatoriæ*, qui n'étaient point destinées à rester aux mains du titulaire, mais faisaient, de sa part, comme l'indique Loyseau, l'objet d'un dépôt au greffe de l'*Officium* dont il allait dépendre (21), et devaient être enregistrées sur une espèce de rôle à la chancellerie impériale qui les avait délivrées (22)? Il apparaîtra manifeste, si l'on tient compte de ce double fait, que, d'une part, le titre de ces brevets de nomination ou lettres de provision indique suffisamment par lui-même qu'elles contenaient une approbation ou confirmation (23), et que, d'un

---

(18) « ..... *Ex authenticis tantum sacris probatoriis manu nostra subscriptis.* » (Const. 9, *De div. off.*, C. Just., XII, 60.)

(19) «..... *Ipsas authenticas* [*sacras*], *quæ divinam nostræ pietatis continent adnotationem.* » (Const. 10, *eod.*) Parfois, cependant, le mot *adnotatio* signifie, la partie étant alors prise pour le tout, les lettres de provision elles-mêmes. (*Ex. gr. :* Constt. 12 et 18, *De palat. sacr. larg.*, C. Th., VI, 30; Const. 9, *eod. tit.*, C. Just., XII, 24.) — Cf. *divina subnotatio.* (Const. 17, *De re milit.*, C. Just., XII, 36.)

(20) « *Cum subscriptione administrantium, sub quorum jurisdictione consistunt...* » (Suite du passage de la Constitution 10 cité à la note précédente.)

(21) « ... *Exemplaribus videlicet eorum cum subscriptione eorumdem judicum apud singula quoque officia, prout convenit, reservandis.* » (Const., 10 précitée.)

(22) « *Nemo autem sine divali probatoria, quam codices in sacro nostro scrinio memoriæ positi debeant inserendam accipere, militaribus ejusdem devotissimæ scholæ* (*agentium in rebus*) *stipendiis, vel privilegiis potiatur.* » (Const. 3 *infine, De agent. in reb.*, C. Just., XII, 20. *Junge* Const. 5 § 2, *De offic. mag. officior.*, C. Just., I, 31, et comp. chap. I, § 4, note 42.)

(23) Le mot *probatoria*, épithète employée substantivement (sous-entendu *epistola*), dérive du verbe *probare*, qui signifie au propre : examiner, vérifier, juger, agréer, accepter, approuver. C'est là le sens technique qu'il revêt, ainsi que le mot *probatio*, dans la *militia armata* et dans la *militia civilis*. (Voy. note 47, *infra*.) Ce verbe (*probare*) est souvent pris aussi, dans la langue juridique, dans le sens de prouver, de démontrer, comme le terme *probatio* lui-même qui en dérive également : c'est notamment dans cette seconde signification qu'ils figurent dans les deux locutions *causam probare* et *causam erroris probare* (Gaius, I, 29, 32, 32a, 66 et sqq.; Ulpian., *Reg.*, III, 3; VII, 4), et dans toute la matière des preuves judiciaires. (Voy. au Dig. et au C. Just. les titres *De probationibus*, D., XII, 3; C. Just., IV, 19.) Comp. la définition que donne Brisson (*De verb. signif.*) de notre terme *probatoriæ* : « *Probatoriæ significant*

autre côté, les textes répètent à l'envi que ces *probatoriæ* renfermaient un *judicium* de l'Empereur (24), ou, suivant une formule plus franche et synonyme au fond, que le Prince ne les accordait que selon son *arbitrium* (25). N'est-ce pas révéler de la façon la plus claire, que l'autorité souveraine entendait, par ce moyen, se ménager, touchant les transmissions, une complète indépendance d'action, et, touchant les nominations, la plus entière latitude dans ses choix ? N'est-ce pas la preuve la plus évidente que la collation, dans les mains du Pouvoir, n'était point une pure formalité, et que le droit du cédant n'offrait guère que les caractères d'une faveur due à la bienveillance et à la générosité de l'Empereur (26) ? De là, toute la série de conséquences signalées plus haut, et qui constituent, dans leur application, la consécration la plus éclatante du principe supérieur, de la règle dirigeante qui domine et régit la vénalité des charges, et que l'on peut traduire par cette formule : Les milices vénales ne sont transmissibles que sous le contrôle du Pouvoir suprême ou de l'autorité qui le représente (27).

Ces faits étant établis, et la conclusion qu'ils engendrent étant dégagée, une question fort grave se présente : celle de savoir si, alors même qu'il s'agit d'une milice vénale, le successeur peut être *librement* choisi par l'autorité investie du droit de nomination, réserve faite, bien entendu, de l'indemnité que ce nouveau

---

attestationem illam, qua qui in Officium aut Ordinem aliquem adsciscuntur, idonei ac probati renunciantur », et la critique un peu exagérée qu'en fait Loyseau. (*Op. cit.*, liv. I, chap. III, n° 65.)

(24) « *Jubemus eum ad militiam devotissimorum scholarium de cætero pervenire, qui nostrum meruit judicium.* » (Const. 5 pr., *De offic. mag. officior.*, C. Just., I, 31.)

(25) Const. 9, *De div. offic.*, C. Just., XII, 60.

(26) Cette idée est bien mise en relief par la locution : « *Divinæ subscriptionis liberalitas* », employée par Anastase. (Const. 3, *De off. quæst.*, C. Just., 1, 30.) Parfois cette faveur est subordonnée à certaines conditions, comme à l'obtention, par exemple, d'un certain grade par le résignant. (Voy. le passage de la Const. 13 § 1, *De proxim. sacr. scrin.*, cité plus bas, p. 447, et la Const. 15, *eod.*)

(27) Cette addition est nécessaire ; car souvent l'Empereur était remplacé par des délégués spéciaux. Ainsi, nous savons que, pour les *adjutores quæstoris*, c'est le chef de la compagnie, le *quæstor*, qui agrée le candidat, et, de même, que ce sont, dans les provinces, les gouverneurs qui confèrent leurs titres aux officiers.

titulaire devra payer au résignant ? En un mot, le droit de contrôle paralyse-t-il le droit de *resignatio in favorem ?* L'état actuel des documents ne permet pas, il est vrai, de répondre d'une façon absolue et complète pour toutes les *militiæ ;* toutefois, trois textes formels, relatifs aux *adjutores quæstoris,* nous autorisent à assurer que, quant à eux, le contrôle de l'autorité supérieure modérait simplement le droit de nomination, mais ne le confisquait pas. C'est d'abord la novelle XXXV, dont nous détachons les deux phrases suivantes : « *Viginti sex adjutoribus quæstoris, quos boethos* (28) *dicunt quæstoris, liceat in suo loco alios substituere, idoneos tamen, et quos pro tempore quæstor elegerit, propositis sacris Evangeliis... Habeant igitur jus vendendi militiam suam,... dummodo et is, qui subrogatur, electione quæstoris fiat.* » Ce sont ensuite deux constitutions de Justinien, plus explicites encore, et dans lesquelles nous relevons ces mots : «... *non prohibendis viris devotis adjutoribus desistentibus* [*ab*] *eodem officio* », est-il dit dans la première, « *cum vel ad laterculensis gradum in scrinio sacræ memoriæ provecti fuerint, vel secundum locum obtinuerint, in duobus aliis scriniis, postquam proximi creabuntur, licet nondum redacta sit quantitas pristina, tamen alios pro se, quos elegerint, subrogandos adjutores petere, qui posteriores erunt cæteris* (29) » ; «... *his licere desistentibus ab adjutoris officio alios pro se, quos voluerint, adjutores surrogare.....* », porte la seconde (30).

Comme on le voit, ces textes accordent formellement au titulaire la faculté de présenter celui qui le remplacera, et avec lequel il aura pris des arrangements pécuniaires, sous la réserve, pour le *quæstor,* de nommer ou non le candidat présenté à son agrément, pour parler le langage de l'art. 91 de notre loi du 28 avril 1816 (31). D'où il suit, en premier lieu, que le Prince ou ses

(28) Traduction barbare du mot grec βοηθός, qui signifie auxiliaire, *adjutor.*

(29) Const. 13 § 1, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19.

(30) Const. 15, *eod.*

(31) La théorie que nous venons de présenter, et que M. de Tourville avait également adoptée (pp. 30 et suiv. de son MS.), n'est pas admise par tous les auteurs, et

délégués ne se trouvaient nullement liés par les présentations qui leur étaient faites ; en second lieu, que c'était, suivant les cas, soit de l'Empereur, soit du chef de la compagnie, soit des gouverneurs de provinces, toujours libres de refuser leur adhésion, que les titulaires tenaient leur titre, et enfin que leur droit de contrôle se bornait à tempérer, sans l'absorber, le droit de présentation, et ne constituait, entre les mains de l'autorité, investie, en définitive, du droit de nomination, qu'une soupape de sûreté contre des choix inconsidérés.

La présentation d'un successeur par le titulaire n'était pas, au surplus, la seule circonstance qui venait entraver et comme enrayer le libre choix du chef de la compagnie. Certains textes,

---

M .Durand, notamment (*op. cit.*, n° 55, pp. 48 et suiv.), donne à la question posée une solution toute différente. Pour lui, il résulte de la novelle XXXV, et spécialement de la phrase « *dummodo et is, qui subrogatur, electione quæstoris fiat* », que, « pour certaines milices, le choix du successeur appartenait..... au chef de la compagnie », et que « la liberté de désigner eux-mêmes leurs successeurs était quelquefois enlevée aux possesseurs des milices. » Si nous avons cru pouvoir nous écarter de cette opinion, c'est que le mot *electio* nous semble plutôt faire allusion au contrôle qu'au libre choix du *quæstor :* en effet, s'il en avait été autrement, le droit pour l'*adjutor* de se choisir un successeur aurait été réduit à néant par cette novelle même qui, cependant, le lui concède. Est-il admissible et logique de retirer aussi vite une faculté qu'on accorde ? D'ailleurs, ni la rédaction du texte, ni les deux passages précités des Constitutions 13 § 1 et 15 ne cadrent avec l'interprétation de M. Durand ; car, si son système était exact, au lieu de dire, comme le font ces trois documents, que les *adjutores* auront le droit de vendre leur milice, ou de se substituer un successeur, librement choisi par eux (« *quos voluerint* »), sauf à le faire agréer par le *quæstor*, on aurait écrit, ce nous semble, que les successeurs choisis par le *quæstor* seraient, par suite de leur nomination, débiteurs d'une somme de... envers les titulaires remplacés. Tout se fût alors réduit, non pas à une concession de vente, mais bien à une question d'indemnité. — Au demeurant, les deux idées de vénalité d'une charge entre les mains de son titulaire, d'une part, et de libre choix du successeur à cette charge par l'autorité supérieure, d'autre part, nous paraissent exclusives l'une de l'autre, à moins de supposer que cette autorité ait ses candidats officiels, à qui seuls pourra profiter la démission *in favorem;* mais, outre que les textes ne disent mot de cette hypothèse, la phrase litigieuse de la novelle XXXV la rend invraisemblable, puisque, subordonnant le choix des *adjutores* à l'*electio* du *quæstor*, elle paraît bien supposer l'antériorité de la *subrogatio*. Tout concorde, au contraire, à merveille et s'explique aisément, si l'on introduit simplement l'idée d'un contrôle. Rien, au reste, qui choque, au point de vue du sens naturel des mots, dans cette manière de voir. Car on peut dire, en un certain sens, qu'agréer c'est encore choisir, *eligere*, alors qu'on pouvait s'arrêter au parti contraire. — Nous allons voir, au surplus, qu'il existait, indépendamment de la présentation, par le titulaire, de son successeur, d'autres cas dans lesquels le libre choix du Pouvoir supérieur n'avait pas lieu davantage.

en effet, exigent que le vide créé dans l'un des *scrinia* par la vacance de la place d'un titulaire, *statutus*, soit comblé par celui qui se trouve le plus anciennement inscrit au nombre des candidats, appelés du nom technique de *supernumerarii* (32), ou encore de *substituti* (33) : ceux-ci voyaient, de la sorte, se terminer de droit leur espèce de noviciat ou de stage. Mais ils pouvaient, s'ils le préféraient, en poursuivre le cours, en ce sens qu'il leur était loisible de laisser passer leur tour, de ne point se prévaloir de leur rang d'ancienneté, sans que cette renonciation entraînât pour eux la perte ou la déchéance du droit de devenir titulaires lors de la prochaine vacance. En pareil cas, le titre rendu libre chevauchait, en suivant pour ainsi dire l'*ordre du tableau*, à travers les divers degrés et les différents grades d'ancienneté des *supernumerarii*, jusqu'à ce qu'il en rencontrât un qui voulût bien l'appréhender au passage.

L'intérêt que pouvait avoir un *supernumerarius* à ne point accepter, pour le moment, la position de titulaire, c'est que cette acceptation emportait pour lui la nécessité d'offrir une certaine somme d'argent (*pecuniæ oblatio;* c'était là un euphémisme, puisque l'offre était, en principe, obligatoire) (34) aux chefs du *scrinium* dont il devenait membre en titre. Or cette *quantitas* ou cette *pecunia offerenda* était assez forte, puisqu'elle se chiffrait par la somme de 250 solides au profit du *proximus*, et, selon l'usage pratiqué et la coutume reçue dans chaque *scrinium*, de vingt ou de quinze *solidi*, au profit du *melloproximus*, ou de l'*adjutor* du *proximus*, c'est-à-dire par un déboursé de plusieurs milliers de francs pour les seuls droits d'entrée, le *solidus* équivalant, nous le rappelons, à 15 fr. 10 c. de notre monnaie (35). Cela étant, le surnuméraire pouvait ne pas se soucier, ou être dans

(32) Const. 7, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19; Const. 2, *De castrensian. et ministerian.*, *eod.*, 26. — Comp. chap. I, § 4, notes 63, pp. 414 *in fine* et suiv., et 72.

(33) Const. 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just.

(34) Voy. chap. I, § 4, note 75, et la fin du présent paragraphe.

(35) Voir le renvoi de la note précédente. — Il fallait, en nombre rond et en négligeant les centimes, 72 *solidi* pour faire une livre d'or (1080 fr.).

l'impossibilité d'effectuer actuellement le paiement de cette sorte d'octroi, placé à la porte de la charge. — Toutes ces décisions résultent d'une constitution verbeuse de Théodose le Jeune et de Valentinien III ainsi conçue :

« *Unicuique qui in sacris scriniis militat, sui loci merita servari oportere constituimus, et universos, qui ultra numerum statutorum in iisdem scriniis militant, sui gradus respectu, per ordinem* (36), *quem sortiti sunt, in deficientium statutorum locum* (*ut tamen ultimis socientur*) (37) *subire decernimus, scilicet ut nemini penitus liceat, cum sit posterior tempore, locum præcedentis ambire... Illum tamen, qui locum statuti meretur, proximo quidem ducentos quinquaginta solidos, mello proximo vero, vel adjutori pro consuetudine uniuscujusque scrinii viginti, aut quindecim solidos offerre præcipimus. Quod si quis de supernumerariis* (38), *qui in statuti locum subire debuerat, ne pecuniam offerat, statuti etiam gradum recusare voluerit, sequenti tam offerendæ quantitatis prædictæ, quam subrogandi licentia permittatur : ita videlicet, ut si secundus, vel etiam tertius, vel alterius cujuslibet numeri, in eadem excusationis voluntate duraverit : accedenti semper eadem copia, quam præcedens recusaverit, tribuatur. Hos autem qui ad statutorum ordinem progredi noluerint, nec de suo gradu volumus removeri : et cum vacaverit statuti locus, conditionem, quam antea repudiaverant, id est et offerendæ pecuniæ, et adipiscendi statuti locum, liberam habere præcipimus facultatem.* » (39)

Cette même constitution nous indique un cas dans lequel, par

---

(36) Sur le sens de ces mots, voy. chap. I, § 4, p. 421, texte et note 80.

(37) Cette décision est conforme aux règles de la hiérarchie que nous avons indiquées chapitre I, § 4. Il suit de là que le *supernumerarius* qui devenait *statutus* grâce à la vacance qui s'était produite, tenait, comme nouveau venu, le dernier rang parmi les *statuti*, et non celui rendu libre par le *statutus deficiens*. C'était donc bien moins la place de ce dernier qu'il venait occuper, que le vide créé par sa disparition, qu'il venait combler.

(38) Le mode d'admission au nombre de ces surnuméraires nous est inconnu.

(39) Const. 7, *De proximi. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. *Junge* Const. 11, *eod.*, et Const. 30 § 2, *De inoff. testam.*, III, 28.

exception, le titre rendu libre par suite de la vacance opérée n'était pas offert au plus ancien candidat surnuméraire. Il se réfère à l'hypothèse de la présentation d'un candidat de rang inférieur, par quinze *primates* du *scrinium* dans lequel la vacance s'était produite, qui le déclaraient, sous la foi du serment, plus capable que tous ceux auxquels l'antériorité de leur titre donnait de droit la préférence. «... *Scilicet ut nemini penitus liceat, cum sit posterior tempore, locum præcedentis ambire, nisi forte ab eo, qui tempore vincitur, laborum comparatione superetur : ut quindecim primatum ejusdem scrinii testimonio cum sacramenti religione subnixus præcedentibus dignior judicetur.* » Toutefois, la règle générale reprenait son empire, par suite de l'exercice d'une sorte de droit de préférence ou de préemption existant au profit d'un des fils de l'un des *proximi scriniorum* à l'encontre de tous autres candidats. De telle sorte que le plus ancien surnuméraire était certain d'être titulaire, s'il était fils de *proximus*, lors bien qu'il eût moins de capacité que ceux qui venaient après lui, et qu'il ne pût, avec sa qualité, invoquer que son unique privilège d'antériorité. « *Hanc quoque observationem extra filios proximorum volumus custodiri : etenim unicuique proximo unum de suis filiis, qui temporis duntaxat suffragio nititur* (*licet parum observasse militiam cognoscantur*) (40), *insequentibus tempore, qui laborum meritis muniuntur* (41), *anteferri posse decernimus.* »

Que si l'on combine entre elles la règle générale, la dérogation qui y est apportée, et l'exception qui est faite à cette dernière, on arrive au résultat final suivant : le titre de *statutus* devenant libre par suite d'une vacance, le plus ancien *supernumerarius*, en principe, se le verra octroyer, sauf à lui à le refuser ; toutefois,

---

(40) Telle est la leçon de D. Godefroy ; celle de Cujas « *licet parum observasse militiam* COGNOSCETUR », est pour le moins aussi satisfaisante.

(41) Plusieurs éditions, et celle de D. Godefroy entre autres, portent *minuuntur* ; c'est évidemment là une erreur, car ce mot constituerait un véritable non-sens. Aussi préférons-nous de beaucoup la leçon que nous donnons, et qui se trouve dans d'excellentes éditions, dans celle de Cujas, par exemple.

il sera primé par le *supernumerarius* qui, bien que plus jeune que lui, l'emportera par sa capacité et son mérite attestés, à moins cependant qu'à l'ancienneté du titre ne vienne se joindre, chez le *supernumerarius antiquior*, la qualité de fils du *proximus*, auquel cas il aura le pas sur tous les autres. Mais ce second bénéfice ne peut être invoqué que par un seul des fils du *proximus* (42).

Nous ajouterons qu'une exception au principe général, du même genre que celle que nous venons de constater, existait au profit des fils des avocats (*togati, advocati, statuti*) exerçant auprès du Préfet du prétoire et à Alexandrie, en ce sens qu'ils étaient préférés aux *supernumerarii* (43) ou *extranei* (44), c'est-à-dire à ceux dont le père n'était point avocat. Semblable privilège était accordé aux fils des *patroni* ou *advocati fisci*, ainsi que le prouvent les deux derniers textes cités (45).

---

(42) Consulter Cujas, *Ad h. Const.*, *Opp.*, t. 8, col. 366.

(43) Constt. 11 § 1, et 13, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7.

(44) Constt. 3 § 5, et 5 § 5, *De advoc. divers. judic.*, C. Just, II, 8.

(45) Des auteurs ont quelquefois nié que le ministère public fût une institution française, et par là, nous entendons vraiment nationale ; et ils ont voulu en rattacher l'origine à la création romaine de l'avocat du fisc par Hadrien. (Spartian., *Hadrian.*, 20. — Voy., sur cette matière, le titre *De advocato fisci*, au C. Th., X, 15, et le titre *De advocatis fisci*, au C. Just., II, 9, ainsi que MM. Serrigny, *op. cit.*, t. 2, nos 651 et suiv., pp. 29 et suiv., et G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, vo ADVOCATUS FISCI.) S'ils veulent dire par là que Rome posséda le germe du ministère public, nous partageons leur opinion ; mais ce qu'on doit nous accorder, c'est que ce germe ne s'y développa point (les actions populaires y mirent le premier obstacle), et que le rôle des avocats du fisc ne s'y élargit pas, comme celui des avocats du Roi en France. La vérité, croyons-nous, c'est que la progression de l'institution dont nous parlons fut, chez nous, successive, et que si l'on cherche quand et comment elle a pris naissance sur notre sol, il faut se reporter au treizième et au quatorzième siècles. Souvent, à cette époque de la renaissance juridique, on voit le Roi faire défendre et soutenir ses intérêts fiscaux et domaniaux, comme des parties privées font défendre et soutenir leurs propres intérêts. Le Roi est alors représenté par un procureur, et fait plaider sa cause par un avocat. Leur rôle à tous deux était destiné à prendre, comme par degré, de l'extension et de l'ampleur, à mesure que la royauté comprenait mieux ses droits et ses devoirs et devenait plus forte et plus active. A la royauté il incombait de faire régner l'ordre et de punir les malfaiteurs : ses procureurs et ses avocats furent chargés de se porter, dans l'intérêt de l'Etat, dénonciateurs, accusateurs des crimes et délits, et d'en poursuivre la répression. Le Roi devait veiller sur les faibles et protéger les incapables : le ministère public prit à l'occasion en mains leurs intérêts. Enfin, dans toute affaire, il était du devoir du prince d'assurer une bonne administration de la justice : il fut, dès lors, conséquent et logique que ses procureurs

En dehors même des circonstances qui précèdent, le choix du futur titulaire de la milice peut-il encore être frappé de certaines autres restrictions ? A cette question, il ne faut pas hésiter à répondre affirmativement. Il est, en effet, plusieurs catégories de personnes à la nomination desquelles s'opposent soit des incapacités, soit des incompatibilités, établies sur le fondement d'une loi formelle, ou d'une coutume équivalente à la loi (46). Des unes et des autres il nous faut dire quelques mots (47).

---

et ses avocats pussent se faire entendre en leurs conclusions. — Telle fut, à nos yeux, la progression successive de cette institution, dont quelques-uns ont, à tort, essayé de faire honneur à la justice ecclésiastique ; car, s'il est exact que l'on trouve dans les officialités des promoteurs dont le rôle était analogue à celui du ministère public de la justice laïque, il ne faut pas oublier qu'ils ne purent pas lui servir de modèle, puisqu'ils n'en furent eux-mêmes qu'une imitation. — (*Sic* M. de Valroger, à son cours.)

(46) Comme il sera aisé de s'en rendre compte par les développements qui vont suivre, les différents cas d'impossibilité d'exercer une *militia* procèdent de deux législations successives : les uns dérivent des principes généraux du droit ; les autres, des prescriptions factices et arbitraires qui virent le jour sous le Bas-Empire. Il en est enfin qui ont leur cause dans les idées rationnelles qui s'imposent à toutes les époques, tandis que d'autres appartiennent au génie propre du peuple qui les a établis : les premiers, la pérennité les consacre ; les autres apparaissent et passent.

(47) Un titre du C. Th., qui porte pour rubrique : « *Quid probare debeant ad quamcumque militiam venientes* » (VII,2), trace sommairement, dans les deux constitutions qui le composent, les indications que doit fournir le candidat postulant, pour être admis et nommé, et indique sur quoi doit porter l'examen (*examen*, Const. 1, *h. t.*) de ceux qui sont chargés de procéder à l'enquête et d'exercer le contrôle. (*Inquisitio*, *ead. Const.* ; *quæstio*, Const. 3 pr., *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27, ou encore *probatio*, Const. 4 pr., *eod.* — Les termes *probare*, *probari* et *probatio* sont techniques dans la *militia civilis* en ce qui concerne le sujet qui nous intéresse ; de là le terme *probatoria*, expliqué ci-dessus, note 23. Tous trois sont empruntés à la *militia armata* : voy. lettre de Trajan à Pline, Plin., *Epist.*, X, 39 *in fine* ; Veget., I, 4, 5, 7 ; II, 19 ; Const. I, *De tiron.*, C. Th., VII, 13, *ibiq.* Gothof., éd. Ritter, t. 2, foll. 371, *notæ* (*d*), et 372, col. rect. ; Const. 2 pr. et § 1, et Const. 5 *in fine*, *De filiis militar.*, C. Th., VII, 22 ; Const. 10, *De decurion.*, C. Th., XII, 1. — Cf. *proba*, Const. unic., *De strator.*, C. Th., VI, 31 ; Const. 1 pr., *Qui milit. possunt*, C. Just., XII, 34.) — Mais il suffit de parcourir le titre du Code Th. dont nous parlons au début de cette note, pour voir que, s'il fournit de précieuses indications sur une incapacité absolue particulière, il ne saurait du moins nous servir de guide assuré et certain dans la matière qui nous occupe ; car il est à la fois trop large pour nous, puisqu'il a trait, comme l'indique sa rubrique, aussi bien à la *militia armata* (à laquelle seule se réfère la Constitution 2) qu'à la *militia civilis*, et il se trouve en même temps trop étroit, puisqu'il est principalement dirigé contre les fraudes possibles faites à la curie, et ne parle en conséquence que d'une seule des incapacités que nous allons mentionner. (Voy. Godefroy sur ce titre, et la neuvième incapacité absolue.) Aussi bien nous faut-il glaner ailleurs nos renseignements, que nous n'avons cru mieux faire que d'aller recueillir dans le livre XII du Code de Justinien, où ils se trouvent épars

I. — Parlons d'abord des incapacités.

Si nous envisageons, à ce point de vue, d'après la mesure de leur intensité juridique, les diverses causes qui peuvent mettre obstacle à la nomination d'un candidat à une milice, nous serons tout naturellement amené à les diviser en incapacités absolues et en incapacités relatives, et à nous occuper au préalable des premières.

A. — Quels sont donc les empêchements absolus à la nomination ou à la délivrance du titre, c'est-à-dire ceux dont l'existence chez le candidat mettra obstacle à ce qu'il exerce, en qualité de titulaire (48), une *militia* quelconque? Tous se résument dans l'absence totale du droit de cité chez le postulant, ou dans le défaut partiel des prérogatives complètes qui s'y trouvent, en soi, contenues.

Tombaient, par conséquent, dans cette première catégorie, les dix classes de personnes suivantes :

1° Les *non Cives Romani*;

2° Les esclaves ;

3° Les femmes ;

4° Les personnes qui n'étaient point parvenues à un certain âge ;

5° Celles qui étaient atteintes de maladies intellectuelles ou corporelles ;

6° Les prodigues ;

7° Les *infames*, et les individus dont l'honorabilité n'était pas intacte ;

8° Les personnes attachées à un *corpus* ;

9° Les décurions ;

10° Tous ceux qui n'obéissaient pas à la foi catholique et n'appartenaient pas à l'Eglise orthodoxe.

---

en grande partie, et notamment dans les titres *Qui militare possunt vel non possunt*, et *Negotiatores ne militent* (XII, 34 et 35). — Mais on se rendra facilement compte, par la suite, que cette recrue de documents n'est point encore suffisante, et que la double observation que nous venons de présenter sur le titre du C. Th. a lieu d'être répétée ici.

(48) Ces mots trouveront leur explication à propos de l'incapacité des femmes et de celle des mineurs de vingt-cinq ans. (Voy. note 91 et n° 4 *in fine*, ainsi que note 99, *infra*.)

Reprenons, tour à tour, ces différentes incapacités, en consacrant à chacune d'elles les quelques observations qu'elle comporte.

1° Et d'abord, avons-nous dit, ceux qui ne jouissaient pas du droit de cité romaine ne pouvaient pas exercer une *militia*. — Cette première incapacité, dans laquelle se trouvaient compris et englobés tous les *peregrini* et tous les *barbari*, les *Latini Juniani* et les *dedititii*, ainsi que tous les condamnés aux peines entraînant une *maxima* ou une *media capitis deminutio*, cette première incapacité, nous ne l'avons, à vrai dire, rencontrée expressément formulée dans aucun texte; mais cela tient sans doute à son évidence même. C'est là, en effet, l'axiôme national de tous les peuples, la vérité de tous les temps et de toutes les législations, de n'admettre aux fonctions publiques que les citoyens de l'Etat qui les dispense. Nous n'aurions qu'à énoncer cette nécessité *sine qua non* d'avoir la qualité de *civis Romanus*, et qu'à passer outre, si nous ne tenions à faire remarquer que, sans disparaître jamais, elle devint de moins en moins gênante, à mesure que Rome étendit le droit de cité. Elle alla comme se dégradant peu à peu, sous le progrès lent mais toujours suivi de concessions successives, sur lesquelles nous n'avons point à insister ici (49), et qui, octroyées sous l'Empire, pour ne pas remonter plus haut, avec une parcimonie plus ou moins étroite, et avec un libéralisme plus ou moins grand, par Auguste (50), Claude (51), Néron (52)*, Trajan (53) et Marc-Aurèle (54), abouti-

(49) Voy., sur ce sujet, M. Accarias, *op. cit.*, 3e éd., n° 51, pp. 115 et suiv.

(50) Suet., *Aug.*, 40. — Auguste se montra très-avare, d'après ce passage, de concessions du droit de cité; et, de fait, lorsqu'en l'année 746 V. C., ou la 21e de son règne, il fit, pour la seconde fois, le recensement de l'Empire, il ne s'y trouva que 4.233.000 citoyens romains. (Voy. M. Naudet, *De l'Etat des personnes et des peuples sous les Empereurs Romains*, dans les *Séances et travaux de l'Acad. des sciences morales et politiq.*, nov. 1877, 11e liv., t. 108, p. 625.)

(51) Tacit., *Ann.*, XI, 23 à 25. En 1527 ou 1528 furent découverts à Lyon, d'où Claude était originaire, des fragments considérables du singulier discours qu'il prononça à l'occasion de la concession du droit de cité dont parle Tacite, qu'il fit accorder à un grand nombre de Gaulois par un Sénatusconsulte. On les trouvera reproduits, en particulier, dans la *Bibliothèque lat.-fr.* de Panckoucke, t. 145, pp. 411 et suiv.

* Voir notes 52, 53, 54, page 456.

rent à l'importante réforme de Caracalla (55). Par une célèbre constitution qui ne nous est que très-imparfaitement connue, et sur l'application et l'étendue de laquelle se sont élevées des difficultés (56), ce prince, dans le but unique d'enrichir le fisc, et par pur expédient de finance (57), conféra le *Jus civitatis* à tous les sujets actuellement libres du monde romain, et à leur descendance (58).

---

(52) Suet., *Nero*, 24. Cf. Plin., *Hist. nat.*, IV, 10.

(53) Pline le Jeune (*Epist.*, X, 5) nous apprend que ce prince fut, comme Auguste, ménager de concessions. (Cf. *eod.*, 4 et 6.)

(54) Aurel. Vict., *De Cæsar.*, 16. D'après cet auteur, Marc-Aurèle se montra, contrairement à Auguste et à Trajan, prodigue de ses faveurs.

(55) C'est par suite d'une erreur manifeste, que Justinien, dans le cap. 5 de sa novelle LXXVIII, par laquelle il supprime toutes les différences existant entre les affranchis, attribue la mesure dont nous parlons à Antonin-le-Pieux. Elle appartient certainement, ce point est depuis longtemps reconnu, à Antonin Bassien Caracalla. (Voy. les textes de Dion et d'Ulpien cités dans les notes 57 et 58 *infra*, ainsi que MM. Maynz, *op. cit.*, t. 1, nos 157 et suiv., pp. 256 et suiv.; Ortolan, *Hist. de la législ. rom.*, 10e éd., n° 395, p. 319, et nos 402 et 403, pp. 324 et suiv.; Accarias, *op. et loc. citt.*, p. 116.)

(56) Comp. la note 58 *infra*. Consulter, sur ce sujet, la dissertation publiée par de Haubold, sous le titre : « *Ex constitutione imperatoris Antonini quomodo qui in orbe romano essent, cives Romani effecti sint* » (Lipsiæ, 1819), et M. Ortolan, *op. et loc. citt.*, nos 402 et suiv., pp. 324 et suiv. On trouvera d'autres essais pour expliquer l'application de cette loi, dans les *Antiquités* de Heineccius, I, 4, 16.

(57) C'est ainsi du moins que Dion Cassius (LXXVII, 9) explique la concession. En effet, avant cet empereur, il existait un double impôt appelé *vicesima*, à raison de sa quotité. Le premier, qui paraît avoir été établi en l'an de Rome 398 = 356 a. Ch. (Tit. Liv., VII, 16), frappait du vingtième de la valeur des esclaves affranchis les affranchissements faits par les citoyens romains; le second, connu sous le nom de *lex vicesima hereditatum*, qui, peut-être bien, apparut avant Auguste (à moins que les textes que nous visons, et qui se réfèrent à l'époque de la République — Cic., *Ad Attic.*, II, 16; L. 2 § 44, fr. Pompon., *De orig. jur.*, D., I, 2, — n'aient trait à la *vicesima manumissionum*), et que, dans tous les cas, ce prince, s'il ne le créa pas, organisa d'après des règles nouvelles, frappait du vingtième de la valeur toutes les successions testamentaires ou légitimes, à l'exception de celles dévolues à des *sui heredes* et à certaines personnes privilégiées, que Nerva et Trajan en exonérèrent. (Plin. Jun., *Paneg.*, 37 à 40. — Voy., sur cette *lex vices. hered.*, que le jurisconsulte Macer commenta, *Inscr. leg.* 154, *De verb. signif.*, D., L, 16, et dont il n'était plus depuis longtemps question sous Justinien, Const. 3, *De edict. div. Hadr. toll.*, C. Just., VI, 33: M. Accarias, *ubi supra*, p. 1061, n° 414. *a.* 1°.) Or, il s'agissait de rendre ces impôts plus productifs; Caracalla en trouva le moyen par deux procédés bien simples: il doubla d'abord leur quotité, de telle sorte que la *vicesima* devint une *decima* (Ulpien y fait allusion dans un texte inséré dans la *Lex Dei*, tit. XVI, cap. 9 § 3), et il augmenta le nombre des contribuables en déclarant *cives Romani* tous ses sujets. Dion Cassius (LXXVIII, 12) nous apprend que son successeur Opilius Macrinus réduisit l'impôt à son chiffre primitif; mais il ne toucha pas au droit de cité.

(58) « *In orbe romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt* », dit Ulpien. (L. 17, *De statu homin.*, D., I, 5.) Ce serait toutefois

De ce jour, l'obligation dont nous nous occupons fut fortement entamée, et perdit une grande partie de sa rigueur. Elle reçut, en quelque sorte, son coup de grâce sous Justinien, puisqu'à son époque, tout sujet de l'empire est en même temps citoyen, et elle ne conserva plus de son ancienne ampleur qu'une double application, toute de raison naturelle, relative aux individus frappés de déchéance par suite de certaines condamnations, et aux membres des nations qui vivaient dans l'isolement et dans l'indépendance de l'Empire.

2° Une seconde incapacité absolue frappait les esclaves. Bien que l'interprète eût pu, sans plus de difficulté que dans le cas précédent, suppléer au silence des textes, ceux-ci ont cru à plusieurs reprises utile de toucher incidemment à ce point. Deux d'entre eux y ont d'ailleurs trouvé l'occasion de signaler des hypothèses intéressantes et de nous indiquer d'importantes solutions, en raisonnant, comme toujours, sur des espèces particulières, sans jamais dégager nettement le principe. Paul avait posé en règle que les mœurs mettaient les esclaves à l'écart des fonctions publiques (59), et, dès le droit classique, Ulpien, dans une loi (60)*

---

une erreur de croire qu'à partir de la constitution de Caracalla, l'empire ne compta plus que des citoyens romains. Car certaines personnes étaient privées de cette qualité; tels étaient, notamment, les individus qui avaient encouru une condamnation criminelle emportant *capitis deminutio maxima* ou *media*, les *dedititii*, les *Latini Juniani*, d'après les lois *Junia Norbana* et *Ælia Sentia*, qui subsistèrent jusqu'à Justinien (C. Just., VII, 5 et 6; § 3, *De libertin.*, Inst., I, 5, et Theophil., *Ad h. l.*; Novell. LXXVIII, *præfat.*, et capp. 1, 2 et 5), les barbares mercenaires au service de Rome, et peut-être aussi, d'après certains interprètes, dont l'opinion est dominante aujourd'hui (voy. les auteurs cités notes 55 et 56), les habitants des provinces conquises depuis Caracalla. — Un texte de Paul (*Sentent.*, IV, 9 § 8) trancherait cette dernière question en ce sens, si l'on pouvait affirmer avec certitude qu'il est postérieur à la constitution de ce prince.

(59) « ..... *Receptum est (moribus) ut civilibus officiis non fungantur.* » (L. 12 § 2 *in fine*, *De judic.*, D., V, I.) « *In his, quæ officium per liberas fieri personas leges desiderant, servus intervenire non potest* », répète ailleurs le même jurisconsulte, dans un texte qui contient, au reste, une faute manifeste, et qui doit être lu avec les Basiliques et avec Cujas : « *In his officiis, quæ...* » (L. 175 pr., *De div. reg. jur.*, D., L, 17.) Ce principe n'est qu'une conséquence de l'idée romaine, que l'esclave n'est pas une personne *jure civili* (L. 32, fr. Ulp., *eod.*; L. 20 § 7, fr. Ulp., *Qui testam. facere poss.*, D., XXVIII, 1; L. 7, fr. Marcian., *De leg. Cornel. de fals.*, D., XLVIII,

* Voir note 60, page 458.

qui trouvera son explication rationnelle quand nous parlerons des legs et des fidéicommis de milices (61), tirant la conséquence logique de cette règle, signalait déjà l'impossibilité pour le *servus* d'exercer une *militia*, mais sans indiquer la sanction générale de l'incapacité. Marcien, dans un fragment relatif à la *militia armata*, déclarait les esclaves incapables de tout service militaire, et cela sous peine de mort : « *Ab omni militia servi prohibentur : alioquin capite puniuntur.* » (62)

---

10), mais une chose, un objet de propriété. (§ 2, *De jure person.*, Inst., I, 3.) De là la formule si énergique et si significative d'Ulpien : « *Morti servitus comparatur* » (L. 32 § 6, *De donat. int. vir. et uxor.*, D., XXIV, 1), ou, sous une autre forme : « *Servitutem mortalitati fere comparamus.* » (L. 209, *De div. reg. jur.*, D.) — De la règle générale établie par Paul, il résulte avec évidence que les Romains distinguaient deux sortes de fonctions : les unes réservées aux hommes libres, *officia liberorum hominum ;* les autres réservées aux esclaves, *officia servilia.* Les premières sont toutes les fonctions publiques proprement dites, c'est-à-dire celles desquelles résulte une participation plus ou moins étendue au pouvoir public, et tout ce qui y ressortit. En passant à une portion du droit privé touchant au droit public, il y a certains *officia* réservés aux hommes libres, comme être témoin dans un testament ou dans une mancipation. (Comp. note 82, *infra.*) — Quant aux *officia servilia*, ils sont difficiles à trouver. De tout temps, on voit bien, sans doute, les esclaves employés comme serviteurs des magistrats et comme exécuteurs de leurs ordres ; mais ce n'était pas là une fonction publique. La véritable fonction publique des esclaves, leur apanage propre, était d'être *tabularii* (Const. 3, *De serv. reip. manumitt.*, C. Just., VII, 10 ; Const. 1. *Ne quis lib. inv.*, C. Just., XI, 36), terme assez ambigu et très-complexe, qui désignait à la fois les teneurs de comptes des cités, les rédacteurs des actes auxquels les parties voulaient donner l'authenticité et les gardiens des documents publics, *chartæ publicæ*, et des archives, *tabulæ.* (Senec., *Ep.*, 88 ; Capitol., *M. Antonin.*, 9 ; L. 3 § 3, fr. Ulp., *De tab. exhib.*, D., XLIII, 5. Voy. A. Rich, *op. cit.*, v^is TABULA, 5, et TABULARII.) Mais, en l'an 401, les empereurs Honorius et Arcadius interdirent aux esclaves, sous des peines assez sévères, de remplir ces *officia.* (Const. 5, *De tabular.*, C. Th., VIII, 2 ; Const. 3, *eod. tit.*, C. Just., X, 69. — Voy., sur tout ceci, *Appendice* I, 1, ce que nous disons au sujet des *tabularii.* Rappelons seulement ici que, sous Justinien, c'était en leur présence que l'inventaire devait être fait : Const. 22 § 2, *De jur. delib.*, C. Just., VI, 30.) — Une seconde conséquence du principe posé par Paul, était la nullité des actes faits par l'esclave qui aurait fonctionné là où seul un homme libre devait jouer un rôle. Cette sanction fléchissait toutefois, en cas d'erreur véritablement excusable, comme on pourra s'en rendre compte par la célèbre loi *Barbarius Philippus* (L. 3, fr. Ulp., *De offic. prætor.*, D., I, 14 ; comp. Mommsen, d'après lequel on doit lire *Barbatius, Handb. der röm. Alterth.*, 2e éd., t. 1, p. 455, note 2), et par le § 7, *De testam. ordin.*, aux Institutes (II, 10).

(60) L. 11 § 16, *De leg.* III, D., XXXII.

(61) Voy. chap. III, § 2, section 2, art. 2.

(62) L. 11, *De re militari*, D., XLIX, 16. Que ce texte, malgré sa généralité, se restreigne à la *militia armata*, c'est ce que prouve l'ensemble du titre dans lequel il est inséré, ainsi que sa rubrique même. La locution *res militaris*, en effet, ne s'applique

Nous ne rechercherons pas si le même principe était applicable pour la *militia civilis*, parce que Justinien, en confirmant en termes exprès l'incapacité dont nous nous occupons (63), règlé la matière d'une façon moins barbare, à propos de l'hypothèse suivante : il suppose qu'un esclave est parvenu à se faire pourvoir d'une *militia, civilis* évidemment (64), et, se demandant quelles conséquences il en résultera, il résout la question par une distinction : ou bien c'est à l'insu de son maître que l'esclave a obtenu la charge, et, dans ce cas, le *dominus* pourra faire preuve de son ignorance auprès du juge compétent (65) ; une fois établie et admise, l'esclave sera dépouillé de sa fonction, et retombera sous la puissance de son maître, à laquelle il s'était subrepticement soustrait; ou bien, à l'inverse, le *dominus* connaissait la réalité des faits, et alors il perdra non-seulement la propriété de son esclave, mais il sera en outre privé de tous les droits de patronage. Quant aux esclaves, ils seront l'objet d'une *natalium restitutio* et seront ainsi rendus ingénus (66) ; pour ce qui est de leur

---

qu'à l'armée. Le sens est alors celui-ci : les esclaves sont incapables de tout service militaire, dans quelque genre de troupes que ce soit.

(63) Const. 6, *Qui milit. poss.*, C. Just., XII, 34.

(64) C'est ce qu'établissent très-clairement la rubrique du titre auquel appartient notre constitution, son contexte même, et la constitution qui la suit et dont il convient de la rapprocher.

(65) Mais cette preuve, il devra l'administrer ; en un mot, on l'autorise à établir son ignorance. L'obligation où il se trouve de la démontrer n'est que l'application du droit commun et du principe général d'après lequel « *semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.* » (L. 21 *in fine*, fr. Marcian., *De probat. et præsumpt.*, D., XXII, 3.)

(66) C'est ce qu'indiquent les mots *illos vero ingenuos effectos* du texte. Qu'il s'agisse bien ici d'une *natalium restitutio*, et non de la concession d'un *jus aureorum annulorum* (inhérent à l'affranchissement depuis la Novelle LXXVIII, cap. 1), cela ne saurait faire doute, puisque tous les droits de patronage seront éteints : or, c'est là l'effet du premier de ces deux bénéfices, mais nullement le résultat du second, qui laisse subsister, au profit du patron, ses droits de succession et son droit à l'*obsequium* avec les nombreuses conséquences qui en découlent. (L. 3 pr. et § 1, fr. Ulp., *De bon. libert.*, D., XXXVIII, 2; L. 2, fr. Marcian., *De natal. restit.*, D., XL, 11; L. 5, fr. Paul., *De jure aureor. annul.*, D., XL, 10; L. 10 § 3, fr. Ulp., *De in jus voc.*, D., II, 4; Const. 3, *De bon. libert.*, C. Just., VI, 4; Novell. LXXVIII, cap. 2. — Sur les conséquences de l'*obsequium*, voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, n° 59, pp. 129 et suiv.) Vainement objecterait-on que de tout temps la *restitutio natalium* exigeait le consentement exprès du patron ou de ses enfants, tandis que la concession du *jus aureorum annulorum* était valable, par cela seul que le patron informé n'y faisait point oppo-

situation future, tout se ramène ici à une question d'opportunité pratique et de capacité personnelle. Leur présence dans l'office qu'ils occupent est-elle utile? Il leur sera conservé. Ils en seront, au contraire, destitués, s'ils ne sont pas capables (*idonei*) (67) de remplir les fonctions qu'ils ont, jusque-là, indûment exercées (68). Au point de vue qui nous intéresse, la conclusion qui ressort nettement de cette constitution, c'est que l'esclave était absolument incapable d'être titulaire d'une *militia*. — On pourra consulter encore, dans le même ordre d'idées, la fin de la *Præfatio* de la Novelle LXXXI, qui rappelle, par voie d'allusion, la loi que nous venons d'analyser (69).

3° Nous arrivons ainsi à la troisième incapacité signalée. Elle est relative aux femmes. Quelle que soit la cause de l'incapacité générale qui les atteint, qu'elle ait sa base dans la faiblesse de leur sexe (*sexus imbecillitas, fragilitas* ou *infirmitas*), ou dans la légèreté de leur esprit (*levitas animi*) et de leur jugement,

---

sition. (LL. 2, fr. Marcian., et 4, fr. Paul., *De natal. restit.*, D.; L. 3, fr. Marcian., *De jure aureor. annul.*, D.; Novell. LXXVIII, cap. 2.) Car c'était une façon de consentir expressément à la *restitutio natalium* que de permettre à son esclave d'exercer une *militia* (*habere militiam pati*, Const. 7, *Qui milit. poss.*, C. Just., XII, 34), étant donné que l'on connaissait les conséquences qui en devaient résulter. Cette autorisation emporte implicitement adhésion formelle à l'octroi du double bénéfice de la liberté et du *status ingenuitatis*, comme disent les empereurs Dioclétien et Maximien. (Const. 2, *De jure aureor. annul.*, C. Just., VI, 8.) Remarquons, au demeurant, que cette *restitutio natalium* n'implique nullement l'idée, qui serait fausse sous Justinien, qu'il fallait être ingénu pour exercer une *militia*. On verra plus bas que, du temps de cet empereur, comme à l'époque des jurisconsultes, il suffisait d'être libre, affranchi ou ingénu. (Voy. note 136, *infra*.)

(67) Le sens précis de ce mot, en notre matière, sera expliqué ci-dessous, à propos de la première incapacité relative. (Voy. note 131, *infra*.)

(68) Justinien devait se préoccuper d'une question transitoire et la résoudre. Il se pouvait qu'au moment où sa constitution fut rendue, des esclaves fussent pourvus d'une milice. Il donne aux maîtres trente jours, à partir de la promulgation de sa loi (« *ab eo tempore... quo præsens sanctio divulgata fuerit* », Const. 6, *h. t.*; cf. « *ex quo... hoc fuerit notum* », Const. 7, *eod.*; on trouve aussi *publicare*, Const. 9 pr., *De desertor.*, C. Th., VII, 18), pour venir témoigner de leur ignorance des faits, soit devant l'Empereur, soit devant les juges compétents, qui statueront dans le sens indiqué au texte pour la première hypothèse; passé lequel délai, qui n'a trait qu'à l'espèce particulière dont nous nous occupons, on retombera dans le second cas de la distinction établie.

(69) Comp., pour la *schola* des *agentes in rebus*, la constitution que nous citons note 116, *infra*. Voy. aussi, pour la *militia armata* : Constt. 8, 11, 16, *De tiron.*, C. Th., VII, 13; Const. 9 § 3, *De desertor.*, C. Th., VII, 18.

dans leur inconséquence et leur frivolité, ou dans leur peu d'aptitude et leur entente presque nulle aux affaires (*ignorantia rerum forensium*) (70) ; quelle que soit l'idée qui ait présidé à la conception du législateur qui l'établit, qu'il la fonde sur un motif de protection, d'ordre public ou de décence sociale (71), la place de la femme étant au foyer domestique et non ailleurs ; qu'elle prenne enfin sa source dans la loi elle-même, ou qu'elle tire son origine des mœurs, dont la puissance lui est souvent supérieure et dont l'action est surtout ici prépondérante, c'est encore là une incapacité qui s'impose à toute législation bien faite et à toute société bien équilibrée (72). Les Romains l'avaient compris, et leurs *mores*, d'une part, leurs lois, de l'autre, frappaient les femmes d'une foule d'incapacités qui, envisagées dans leur ensemble, plaçaient la femme dans un état réel d'infériorité. C'est cette infériorité qui faisait dire à Papinien : « *In multis juris nostri articulis, deterior est conditio feminarum*

(70) Ces différentes expressions sont employées par quantité de textes; nous nous contentons de renvoyer aux quatre suivants : Ulp., *Reg.*, XI, § 1 ; Gaius, I, §§ 144 et 190 ; L. 9 pr., fr. Paul., *De juris et facti ignor.*, D., XXII, 6. — Voy. aussi Cic., *Pro Mur.*, 12 : « *Infirmitas consilii* » ; cf. « *Mulierum infirmitas* », Const. 137 § 1, *De decurion.*, C. Th., XII, 1 ; « *Fragilitas muliebris* », Const. 12 pr., *Qui pot. in pig.*, C. Just., VIII, 18 ; « *Infirmitas muliebris naturæ* », Novell. XCVII, cap. III *in fine*.

(71) Cette idée de convenances, qui a été parfois exagérée, et qui se traduit par la formule devenue banale que le rôle de la femme est avant tout un rôle d'intérieur, cette idée s'accuse dans plusieurs textes qui nous révèlent certains traits de mœurs fort curieux. Nous citerons, en particulier, la Constitution 14, *De contrahenda vel committ. stipulat.* (C. Just., VIII, 38), dans laquelle Justinien nous donne ce détail bien topique que, de son temps, les femmes ne croyaient pas qu'il appartînt à leur sexe de figurer en nom dans un contrat qui leur était personnel. Ce même esprit apparaît encore dans une Constitution de Constantin (Const. 1, *De offic. divers. judic.*, C. Just., I, 48), loi fort sage, qui défend, sous peine de mort, d'arracher de sa maison une *materfamilias* condamnée. Justinien alla plus loin, et déclara que la femme ne pourrait même pas être emprisonnée pour dettes. C'est ce qu'il établit dans sa novelle CXXXIV, cap. IX, qui constitue un progrès réel dans la législation. — Toutes ces décisions ne procèdent pas d'une marque de mépris ou d'infériorité, mais de l'idée beaucoup plus haute et plus digne du législateur que les femmes ne doivent pas se mettre en évidence.

(72) Toutes les idées qui viennent d'être indiquées sont mises en pleine lumière et très-savamment développées dans les deux beaux ouvrages de M. Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, Paris, 1843, et de M. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*, etc., Paris, 1867.

quam masculorum. » (73) Il n'est pas sans intérêt, comme on va le voir, de rappeler ici les points principaux où l'adage de l'illustre jurisconsulte trouvait sa raison d'être.

Dans l'énumération pure et simple à laquelle nous allons procéder, nous signalerons d'abord celles des incapacités établies sous l'influence des mœurs, puis celles, en nombre beaucoup plus restreint, édictées par un texte formel de loi (ce mot étant pris ici *latissimo sensu*).

Parmi les premières, nous ferons figurer, d'une manière générale, l'exclusion des femmes des *officia virilia*, qui est, en effet, l'œuvre des *mores*. A ce sujet, un texte fort important d'Ulpien est ainsi conçu : « *Feminæ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis* (74) *remotæ sunt.....* » (75) Ce fragment pose un principe dont la formule est légèrement vague, et il en donne cinq applications. — Pour parler d'abord des prérogatives les plus importantes aux yeux de tous les peuples, Ulpien constate expressément que les femmes ont été écartées de tous les *officia publica;* cela implique deux choses : d'une part, qu'aucun droit politique ne leur appartenait, et, d'autre part, qu'elles étaient exclues de toute participation aux attributions qu'on doit considérer comme des délégations de la puissance publique. Sur la première conséquence, le texte ne présente aucune application, mais la déduction qu'il impose, et qui ressort de l'emploi du mot *publica*, les droits politiques constituant au plus haut chef des *officia publica*, résulte déjà de toute l'histoire publique de Rome, et par *a fortiori*, pour

(73) L. 9, *De statu homin.*, D., I, 5.

(74) La réunion des deux expressions *officia civilia* et *officia publica*, formait ce que les jusrisconsultes appelaient *officia virilia*, locution qui les englobait toutes, et par laquelle ils comprenaient les différentes attributions qui n'appartenaient qu'aux hommes seuls. — Quant au sens précis du mot *officium*, c'est ici le lieu de rappeler que c'est un terme tout autant littéraire que juridique, désignant à la fois des droits et des devoirs, et dont la traduction en français est fort difficile. Nous lui assignerons, dans toute cette matière, la signification d'*attributions*, mot dont l'ampleur et l'élasticité nous semblent se prêter parfaitement au sens assez indéfini du terme latin. (Voy. notre *Introd. gén.*, 2e, pp. 2 et suiv.)

(75) L. 2 pr., *De div. reg. jur.*, D., L, 17. — Cf. le discours de M. Porcius Cato, dans Tite-Live, XXXIV, 2.

nous confiner dans les limites de notre loi, des deux exemples que le jurisconsulte fournit, pour expliquer et préciser le second des deux résultats auxquels conduit la règle qu'il émet :

a. D'un côté, les femmes ne peuvent être juges (76) ;

b. De l'autre, elles ne peuvent gérer *aucune* magistrature (77).

Ulpien ajoute que les femmes étaient incapables de remplir les *officia civilia,* ce qui doit sembler d'autant plus étrange, que les Romains ne distinguaient pas les citoyens et les citoyennes (78). Mais cela tient à ce que les femmes, à Rome, n'avaient pas, en réalité, la plénitude du droit de cité ; elles n'étaient point *cives optimo jure ;* et c'est ainsi, notamment, que nous venons de les voir sevrées de tous les droits politiques. Le texte tire trois conséquences de son principe. Les deux premières ayant été créées par le pouvoir législatif, nous les réserverons pour le moment ; quant à la troisième, elle consiste en ce que les femmes ne pouvaient pas être *procuratores ad litem* (79).

A ces différents exemples, il est aisé de joindre d'autres cas d'incapacités spéciales. Nous mentionnerons notamment les cinq suivantes, qui se rattachent toujours à la même idée générale,

---

(76) Que cette incapacité n'ait point été le résultat d'une loi, mais bien le produit des mœurs, Paul nous l'apprend de la façon la plus formelle. (L. 12 § 2, *De judic.*, D., V, I.)

(77) *Aucune*, disons-nous ; car l'expression « *nec magistratum gerere* » de notre texte, doit être prise dans le sens le plus large. Par conséquent, les femmes n'étaient pas seulement exclues des magistratures romaines proprement dites, mais encore des plus humbles magistratures municipales. (Cf. L. 3 § 3, fr. Ulp., *De muner. et honor.*, D., L, 4.)

(78) Le commentaire 1 de Gaius fournirait à pleines mains des preuves de cette assertion.

(79) « ..... *Nec procuratores existere* », dit Ulpien. Il va sans difficulté qu'il faut ajouter *ad litem*. Car, en règle, il n'est pas douteux qu'une femme pouvait, comme un homme, recevoir un mandat. — Si la *procuratio ad litem* était considérée comme un *officium virile*, c'est à raison du scandale qui pouvait résulter de l'accomplissement de ce mandat judiciaire. (Comp. note 87, *infra*.) — Qu'arrivait-il, si, au mépris de la prohibition, la femme avait reçu une *procuratio ad litem ?* De deux choses l'une : ou bien la femme était demanderesse *alieno nomine*, et alors le défendeur pouvait lui opposer une *exceptio temporalis* ou *dilatoria*, dite *exceptio procuratoria*, mentionnée aux Institutes (§ 11, *De exceptionibus*, IV, 13) ; ou bien elle était défenderesse pour le compte d'autrui, et, dans ce cas, le demandeur faisait valoir l'incapacité de la femme devant le magistrat, qui, d'office, refusait l'action.

c'est-à-dire qui dérivent et découlent des mœurs et de la pratique :

a. De ce que la femme ne pouvait pas être juge, il semble que, par analogie, elle devait être exclue de la fonction d'arbitre volontaire (80) ;

b. Elle était privée du *jus accusandi*, en ce sens qu'elle ne pouvait pas intenter une accusation, à moins que le crime ne l'atteignît personnellement, elle ou ses proches parents, ses ascendants (*parentes*) ou ses enfants (*liberi*), son patron ou sa patronne, leurs enfants ou petits-enfants (81) ;

c. Elle ne pouvait jouer le rôle de *libripens* ou de témoins dans un testament (82) ;

---

(80) Cela est hors de conteste pour l'époque de Justinien. (Const. 6, *De recept. arbit.*, C. Just., II, 56.) Mais en était-il de même avant lui, ou bien y avait-il controverse sur ce point entre les Romains ? Nous l'ignorons absolument. Tout ce que l'on pourrait invoquer, en faveur de l'opinion d'après laquelle cette prohibition serait ancienne, c'est que l'Empereur byzantin, dans la Constitution assez courte qu'il nous a laissée sur ce sujet, ne paraît pas innover, puisqu'on n'y rencontre aucune de ces phrases sonores et à effet, dont il a l'habitude de gonfler la plupart de ses réformes. Il pousse, quant à lui, la rigueur du principe si loin, qu'il interdit même à la femme patronne de se mêler d'un arbitrage entre ses affranchis, qui cependant serait, assurément, le plus naturel de tous.

(81) L. 1, fr. Pompon., L. 2 pr., fr. Papin., LL. 8 et 11 pr., fr. Macer, *De accusat.*, D., XLVIII, 2. Cf. Constt. 4, 5, 9, 12, 14, *De his qui accus. non poss.*, C. Just., IX, 1. (A la loi 2 pr., fr. Papin., précitée, il convient de joindre les deux LL. 4, fr. Paul., et 5, fr. Gaius, *De testib.*, D., XXII, 5.) — Papinien dérobe également à la règle les crimes d'Etat et de lèse-majesté. (L. 8, *Ad leg. Jul. majest.*, D., XLVIII, 4. Cf. Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. IV, 45.)

(82) Ulpian., *Reg.*, XX, § 7 ; L. 20 § 6, fr. Ulp., *Qui testam. facere poss.*, D., XXVIII, 1 ; § 6, *De testam. ordin.*, Inst., II, 10. — De là on doit conclure, pensons-nous, qu'une femme ne pouvait figurer comme témoin dans une mancipation quelconque. (*Sic* M. Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 375, note 2, 6°.) C'est là, en effet, un acte de droit privé qui touche au droit public (comp. note 59, *supra*) ; ce qui le prouve, c'est la nécessité pour le témoin d'être *civis romanus*, exigence qui tenait à ce qu'au début, les *testes* représentaient la cité elle-même, comme l'indique la dénomination de *classici testes* qu'on leur donnait à l'origine. (Festus, lib. III, v° CLASSICI TESTES, éd. Panck., p. 94.) Mais le témoignage des femmes en justice, que probablement on n'admettait pas à l'origine, du moins en règle, fut certainement reçu de bonne heure. Cette double proposition résulte de deux fragments de Paul et d'Ulpien (L. 18, *De testib.*, D., XXII, 5, et L. 20 § 6, *Qui testam. facere poss.*, D., XXVIII, 1), dans lesquels ces jurisconsultes font découler de la loi Julia, *De adulteriis*, le droit pour la femme de témoigner en justice. En effet, cette loi, fort complexe, paraît-il, défendait à toute femme, condamnée pour adultère, d'être témoin. (Cf. L. 14, fr. Papin., *De testib.*, D.) L'*a contrario* devenait, dès lors, facile à tirer. On a cependant des exemples de causes célèbres, dans lesquelles, avant la *lex Julia*, on voit des femmes témoigner en justice. Il

d. Se livrer à la banque, *exercere mensam argentariam* (83);
e. Etre appelées enfin à une tutelle (84), ou à une curatelle (85)*.

---

en fut ainsi notamment dans le procès de Verrès. (Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. I, 37, et lib. IV, 45.) Mais assurément, ce devait être là un fait exceptionnel. — Que d'ailleurs on se soit ici montré plus large que dans les autres matières, cela n'étonnera que médiocrement, si l'on réfléchit que l'audition d'une femme en justice pouvait être l'unique moyen d'arriver à la découverte de la vérité. C'est sur le même motif d'utilité pratique, que l'on voit Modestin décider que l'esclave, qui cependant ne peut pas, en principe, être témoin (Authent. *Si testis*, *De testib.*, C. Just., IV, 20; Novell. XC, cap. 6), peut néanmoins donner son témoignage en justice, quand il n'est pas d'autre moyen de dégager la vérité. (L. 7, *De testib.*, D., XXII, 5; cf. L. 58 § 2, fr. Paul., *De ædilit. edict.*, D., XXI, 1; L. 7, fr. Paul., *De probat.*, D., XXII, 3. — La Novelle XLIX de Léon le Philosophe interdit absolument le témoignage des esclaves.)

(83) L. 12, *De ed.*, D., II, 13. Gaius nous apprend, en effet, que c'était là une charge qui avait un caractère public. (L. 10 § 1, *eod.*) — Voir, sur les *Argentarii*, la thèse de doctorat présentée par M. H. Da à la Faculté de droit de Paris, le 31 mai 1877, et le travail de M. G. Cruchon, *Les Banques dans l'antiquité*, étude historique, économique et juridique. (Durand et Pedone-Lauriel, Paris.) Joindre : MM. Mommsen-Marquardt, *Handb.*, t. 5, pp. 63 et suiv., et G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, v° ARGENTARII, ainsi que les autorités auxquelles renvoie ce dernier auteur.

(84) Le principe est posé dans une Constitution d'Alexandre Sévère (Const. 1, *Quando mul.*, C. Just., V, 35); il se trouve également consigné par Gaius (L. 16 pr., *De tutel.*, D., XXVI, 1. *Junge:* L. 19, fr. Nérat., *eod.*; L. 26 pr., fr. Papin., *De testam. tutel.*, D., XXVI, 2); mais il est certain que la restriction de son texte a été ajoutée par Justinien, et que le mot *plerumque* qui s'y trouve, appartient à ce prince. Il fait allusion à certaines exceptions. Ici, conformément à une habitude déplorable du despotisme impérial, les Empereurs, qui étaient au-dessus des lois, tout en se faisant gloire de ne pas trop les violer, apportèrent des dérogations à la règle. Cette coutume remonte assez haut, puisqu'elle nous est indiquée par Neratius (L. 18, *De tutel.*, D.), qui vivait au second siècle et faisait partie du *consilium* de Trajan et d'Hadrien. (Voy. chap. 1, § 2, note 6, p. 267.) Ce jurisconsulte nous dit que les mères pourront demander à l'Empereur d'être tutrices de leurs enfants; à vrai dire, c'était bien moins là une exception proprement dite, qu'une concession purement gracieuse accordée par faveur. Mais, sous le Bas-Empire, nous rencontrons de véritables dérogations. La plus importante date de l'année 390 de notre ère, et fut introduite par Valentinien I, Théodose I et Arcadius (Const. 2, *Quando mul.*, C. Just.), qui décidèrent qu'une mère légitime, majeure de vingt-cinq ans, pourrait demander à exercer la tutelle de ses enfants, en l'absence de tuteur testamentaire et de tuteur légitime, ou eux valablement excusés ou écartés de la tutelle, et à condition de faire serment de ne pas se remarier. Ce serment devait être fait *apud acta*, c'est-à-dire devant le magistrat municipal qui en prendrait acte et le consignerait sur ses registres. Si la mère tutrice convole à de secondes noces, les Empereurs décident implicitement qu'elle conservera la tutelle, mais que les biens du second mari seront hypothéqués à la sûreté du pupille. (Il y a là l'origine de l'art. 396 de notre C. civ.) En 539, Justinien modifia cet état de choses sur plusieurs points, par sa Novelle XCIV (capp. I et II) : 1° les seconds mariages étant, paraît-il, très-fréquents en pratique, ce prince, *pour faire une économie de parjures*, suivant une expression spirituelle, remplaça le serment par un simple engagement, dont il se contenta désormais; 2° la mère veuve tutrice dut renoncer à

* Voir note 85, page 466.

Telles sont les principales incapacités dont les mœurs et la pratique avaient atteint les femmes à Rome. Quant à celles qui résultaient d'un texte formel de loi (ce mot étant pris ici dans son sens le plus large d'acte obligatoire émané de la Puissance publique), nous n'en connaissons que deux, qu'Ulpien nous indique dans le même texte que nous avons déjà analysé en partie (86) :

a. L'une, d'origine prétorienne, était relative à la défense de postuler pour autrui (87) ;

---

la protection du SC. Velléien ; 3° la veuve remariée (on ne pouvait pas plus l'empêcher de faillir à sa promesse qu'à son serment) fut de plein droit déchue de la tutelle ; (ici encore, nous rencontrons l'origine d'une disposition du C. civ., de l'art. 395, 2e alin.) ; 4° enfin, comme il était d'usage que la mère tutrice hypothéquât ses biens, Justinien transforma la coutume en obligation, ce qui fut, pour le dire en passant, un *lapsus* de sa part, puisque, depuis Constantin, une hypothèque tacite grevait les biens du tuteur. (Const. 20, *De admin. tutor.*, C. Just., V, 37, qui n'est que la généralisation de la Const. 6, *De serv. pign. dat. manum.*, C. Just., VII, 8 ; voy. *infra*, chap. III, § 2, note 95.) Deux autres exceptions furent introduites dans la législation par Justinien. 1° Par une Constitution datée de 530, il autorisa la mère naturelle, à défaut de tuteur désigné par le père défunt, à demander la tutelle de ses enfants issus *ex concubinatu*. (Const. 3, *Quando mul.*, C. Just.) 2° Plus tard, en l'an 543, la Novelle CXVIII supprima l'agnation, et, comme conséquence, la tutelle des agnats, qui fut supplantée par la tutelle légitime des ascendants et des cognats. Le chap. V de cette novelle décida qu'à défaut de tutelle testamentaire, la mère et la grand' mère légitimes, en leur supposant la qualité d'héritières présomptives, pourraient solliciter la tutelle de leurs enfants et petits-enfants. — Ajoutons que la mère naturelle, la mère et l'aïeule légitimes devaient s'engager *apud acta*, ou *inter gesta*, à ne pas se marier (ce qui n'avait pas grand sens législatif pour la femme, qui, jusqu'alors, avait vécu *in concubinatu*), ou à ne pas se remarier, et à renoncer au bénéfice du SC. Velléien.

Dans tous ces cas exceptionnels, il convient de noter que la tutelle qui, hors de là, resta inaccessible aux femmes, était pour elles simplement facultative et non obligatoire.

(85) L. 21 pr., fr. Modest., *De tutor. et curat. dat.*, D., XXVI, 5. — Du reste, les incapacités qui s'appliquaient à l'une de ces deux fonctions, s'appliquaient aussi à l'autre, sauf l'incapacité spéciale qui, en matière de curatelle, atteignait le mari et le père du mari (*Frag. Vatic.*, § 201 ; Const. 4, *De excusat.*, C. Just., V, 62), et que certains textes présentent à tort, soit comme une excuse rendue obligatoire et forcée (Const. 17, *eod.*), soit, ce qui est plus grave, comme une simple excuse, ainsi que le fait Justinien (§ 19, *De excusat. tutor. vel curator.*, Inst., I, 25.). — Voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, 3e éd., n° 176, 2°, p. 420.

(86) L. 2 pr., *De div. reg. jur.*, D., L, 17.

(87) « ... *Nec postulare* », dit le jurisconsulte. Il faut évidemment ajouter les deux mots *pro alio*, ou qu'Ulpien a omis, ou que Justinien a passés dans la copie du texte original ; car, en lisant le § 5 de la L. 1, *De postul.*, D., III, 1, qui émane du même auteur, on y voit très-clairement dit, si on le rapproche du § 2, que les femmes pouvaient *postulare* pour leurs intérêts personnels. Mais elles ne pouvaient pas *postulare pro alio*. L'Edit du préteur contenait, à cet égard, une prohibition formelle : *Pro aliis ne postulent*. (L. 1 § 5, *eod.*) Ulpien, dans ce § 5, nous en retrace l'origine : mais le nom de la femme qu'il indique, *Carfania*, comme ayant motivé cette disposi-

b. L'autre, créée par le célèbre Sénatus-consulte Velléien, probablement rendu sous Claude, en l'an 46 de notre ère (88), avait trait à la prohibition de l'*intercessio* (89).

---

tion de l'Edit, ne nous est pas parvenu intact dans son texte, tel qu'il a été transcrit au Digeste. Elle s'appelait, en réalité, d'après Valère Maxime, qui nous en a légué le plus honteux portrait (VIII, 3, 2), *C. Afrania*. Il paraît que cette Afrania, femme pourtant du sénateur Licinius Buccion, et qui mourut l'année du second consulat de César et de P. Servilius (706 V. C., 48 a. Ch.), était passionnée pour les procès, qu'elle plaidait toujours elle-même ses causes devant le préteur, et qu'elle abondait en effronterie. Elle fatiguait les tribunaux de ses aboiements, inusités au forum, dit Valère Maxime, et elle donna le plus fameux exemple de chicane que son sexe ait jamais fourni; son nom, poursuit-il, devint une flétrissure dont on accablait les femmes dépravées et dissolues. Cette plaideuse éhontée, ajoute Ulpien, par ses postulations impudentes, et par les tourments qu'elle causait aux magistrats, donna naissance à l'Edit. — Remarquons bien la différence qui existait entre le fait de *postulare* et celui de *procurator existere ad litem*. On appelait *postulare* le fait de la personne qui venait devant le magistrat, *in jure*, exposer, expliquer, développer une prétention personnelle, ou celle d'un ami, d'un tiers, prétention qu'elle se proposait de déduire ensuite en justice. (L. 1 § 2, *De postul.*, D.) *Procurator existere ad litem*, c'était être mandataire à l'effet d'engager le procès, de *litem contestari*. D'ordinaire, sans doute, les deux mandats allaient ensemble; mais ils pouvaient aussi être isolés, et cela seul invite à ne pas les confondre. La prohibition de postuler pour autrui était d'ailleurs fondée sur les mêmes motifs que celle d'être *procurator ad litem* (voy. L. 1 § 5 précitée, et p. 463, texte et note 79, *supra*), et c'est pourquoi il était interdit à la femme de « *alienam suscipere defensionem* », alors même que l'intéressé était son propre fils. (Const. 18, *De procurat.*, C. Just., II, 13. — Cf. L. 54, fr. Paul., *De procurat.*, D., III, 3.) — Au surplus, l'origine de la défense nous prouve qu'elle n'exista pas de tout temps, et que, sous l'ancienne loi, les femmes pouvaient agir devant les tribunaux, soit pour elles-mêmes, soit pour les autres, Valère Maxime (VIII, 3) et Quintilien (*Instit. orat.*, I, 1, 6) l'attestent de la façon la plus formelle. (Cf. Plutarch., *Compar. de Lycurgue et de Numa*, trad. d'Amyot, VII, éd. de Cussac, t. 1, p. 278 *in initio*.) L'abus qu'elles firent de ce droit, comme nous venons de le voir, le trouble et le scandale qu'elles portèrent jusque dans l'enceinte de la justice, leur firent retirer cette prérogative. Ajoutons cependant que, dans des cas très-rares et *cognita causa*, la femme était autorisée à agir en justice pour autrui (L. 41, fr. Paul., *De procurat.*, D.; L. 3 § 2, fr. Ulp., *De liber. caus.*, D., XL, 12), et qu'elle le pouvait toujours quand elle agissait *in rem suam*. (Paul., *Sentent.*, *De cognit.*, I, 2 § 2; Const. 4, *De procurat.*, C. Just.) Mais on peut affirmer que, de tout temps, cela fut mal vu par les moralistes et par la loi. (Plutarch. et Valer. Maxim., *locc. sup. citt.*; Const. 21, *De procurat.*, C. Just.)

(88) Dio Cass., LX, 27. C'est là, toutefois, une date incertaine. Ce qui est hors de conteste, c'est que l'apparition du Velléien eut lieu entre l'avènement de Claude (L. 2 pr. et § 1, fr. Ulp., *Ad SC. Velleian.*, D., XVI, 1) et la mort de Vespasien (L. 16 § 1, fr. Julian., *coll. cum L.* 2 § 47, fr. Pompon., *De orig. jur.*, D., I, 2), par conséquent entre les années 41 et 79 de notre ère. Les fastes consulaires, que nous avons consultés avec soin, ne nous permettent pas de donner de renseignements plus précis. (Voy. MM. Gide, *op. cit.*, p. 173, note 4, et Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 375.)

(89) « *Nec pro alio intervenire* », porte notre texte, qui fait de la sorte une allusion évidente au Velléien. *Intervenire* est pris ici dans le sens d'*intercedere*. Cependant,

Que si l'on se demande, à présent, pourquoi nous avons si curieusement recherché les causes d'où procédait l'incapacité générale des femmes dans la législation Romaine, et les diverses infériorités spéciales qu'elles engendraient (90), nous répondrons que nous avions une raison sérieuse pour assister avec attention au défilé de tout ce cortège de déchéances : c'est que ne connaissant pas de texte qui déclare positivement la femme incapable d'exercer une *militia*, nous avons cru devoir étayer notre assertion sur un ensemble de preuves destinées à démontrer clairement qu'elle n'est ni arbitraire, ni en dehors de l'esprit général du droit romain tout entier, mais que, loin de là, elle se trouve en parfaite harmonie avec les autres parties du droit public et du droit privé de Rome. En effet, en ce qui concerne d'abord la *militia palatina* et la *militia litterata*, nous n'avons qu'à invoquer les principes généraux auxquels nous venons de faire appel, pour poser en règle que la femme ne saurait être titulaire d'aucune de ces milices. Pour ce qui est de la *militia togata seu forensis*.

---

qu'on ne s'y méprenne pas : tout fait d'intervention ne constitue pas nécessairement une intercession. Ulpien, dans un autre passage, où il sépare nettement les deux catégories d'actes, nous avertit lui-même qu'on peut intervenir sans intercéder. (L. 3 § 5, *De pecul.*, D., XV, 1.) Que, par exemple, une femme donne mandat à un tiers de lui acheter un immeuble, que le mandataire n'ait pas d'argent comptant pour payer le vendeur et que la femme donne mandat à un second tiers de prêter de l'argent au premier mandataire, ou qu'elle garantisse la créance née au profit du vendeur en se portant fidéjusseur, ou en fournissant un gage ou une hypothèque, ou qu'elle accède à l'obligation principale en faisant un pacte de constitut, ou qu'elle nove cette obligation par sa promesse personnelle, ou enfin que son mandataire étant poursuivi par le vendeur, elle vienne défendre elle-même à l'action dirigée contre lui : dans aucun de ces cas, elle n'aura fait acte d'*intercessio*, bien qu'ayant fait acte d'*interventio;* car, si, à la vérité, elle s'est bien engagée pour autrui, ou à la place d'autrui, elle s'est du moins engagée, non pas *in rem alterius*, mais bien *in rem suam*, c'est-à-dire dans son intérêt personnel. — Cette exclusion de la faculté d'intercéder, expressément qualifiée par le Velléien *virile officium* (L. 2 § 1, *Ad Sc. Velleian.*, D., XVI, 1) et la prohibition protectrice qui en résultait pour la femme qui toutefois n'en abusait pas pour tromper les tiers (L. 2 § 3, *Ad Sc., Velleian.*; L. 110 § 4, fr. Paul., *De div. reg. jur.*, D., L, 17 ; Const. 5, *Ad Sc. Velleian.*, C. Just.), entraînaient cette conséquence nécessaire que, dans tous les cas où une personne était tenue de *satisdare* soit par la loi, soit par l'Edit, soit par la convention, cette personne n'exécutait pas son obligation, en faisant intervenir une femme. (L. 8 § 1, fr. Paul., *Qui satisd. cog.*, D., II, 8.)

(90) On les trouvera résumées dans M. Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 375, note 2.

on aboutira à une conclusion identique, si l'on veut bien se souvenir que la femme est décrétée d'*ignorantia rerum forensium*, et qu'elle ne peut ni *existere procurator ad litem pro alio*, ni *postulare* pour autrui (91).

Poursuivant la liste que nous dressons des principales incapacités absolues d'exercer une *militia*, nous ferons figurer à côté de la femme :

4° Les personnes qui n'ont point atteint un certain âge. Ici encore, il nous faut tout à la fois procéder par déduction des principes généraux, et raisonner par induction de certains renseignements, ou plutôt de certains indices que nous fournissent les textes.

Deux points sont hors de conteste :

a. Le premier, c'est que l'impubère, *alieni juris* ou *sui juris*, fils de famille ou pupille, était tout aussi incapable que la femme d'être investi, en tant que titulaire, d'une milice vénale. Ulpien

(91) En déclarant ainsi la femme incapable, *d'une manière absolue*, d'être à la tête d'une *militia quelconque*, nous ne nous trouvons nullement en contradiction avec cette assertion de Cujas, qui dit quelque part, à propos des *peculia castrensia* et *quasi castrensia* : « *Non potest filiaf. habere castrense peculium, posset quasi castrense* : SUNT MILITIARUM QUARUNDAM FEMINÆ QUASI CAPACES... » (*Comment. in libb. Quæst. Aem. Papiniani, Ad L. XII. de castr. pecul.; opp.*, t. 5, col. 526); car le mot *quasi* de l'illustre commentateur révèle sa pensée. Tout ce qu'il veut dire, et il est dans la vérité la plus complète, c'est que si les femmes ne pouvaient pas être investies d'une *militia*, en être *titulaires*, à tout le moins pouvaient-elles faire partie de certaines *militiæ*, en être *membres*. Nous en trouverons une preuve irrécusable dans les milices palatines. Nous savons que les *cubicularii* étaient titulaires de milices. (Constt. 2 et 4, *De præpos. sacr. cubic.*, C. Just., XII, 5.) Or, nous avons vu également que, pour la servir dans ses appartements privés, l'impératrice avait aussi des *cubiculariæ*, sortes de dames de cour ou dames d'honneur. Est-ce à dire qu'elles étaient investies d'une milice ? Nullement; et ce qui le démontre, c'est que *cubicularii* comme *cubiculariæ* étaient les uns et les autres enrôlés sous les ordres d'un VIR *illustris præpositus sacri cubiculi*. (Const. 5, *eod.* Cf. Const. 3. — Voy. *supra*, § 1, p. 436, 1°, et la note 34.) D'où la conséquence que les *cubiculariæ* étaient bien *membres*, mais non *titulaires* de la *militia* dans laquelle elles exerçaient leurs fonctions. — Une analogie frappante avec leur situation se rencontre de nos jours, dans certaines études de province, où il n'est pas rare de voir la femme servir de clerc à son mari. Il est presque naïf d'ajouter que, cependant, c'est le mari seul qui est officier ministériel. (Comp. une observation analogue faite en ce qui concerne l'incapacité résultant de l'âge, note 99, *infrà*.) Concluons donc, en affirmant de nouveau que c'est bien d'une incapacité *absolue* et non d'une simple incapacité *relative*, comme pourrait le faire croire le passage de Cujas, lu trop légèrement, dont se trouvaient ici frappées les femmes.

rapproche ces deux classes de personnes et les met sur la même ligne, au point de vue qui nous intéresse. Après avoir parlé des unes, il s'exprime ainsi au regard des autres : « *Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere.* » (92) Nous n'avons donc qu'à répéter, en ce qui les concerne, ce que nous avons indiqué au sujet de la précédente incapacité, la situation de l'impubère étant, en règle, identique à celle de la femme (93). Nous allons même voir qu'un *a fortiori* d'une évidence manifeste doit, par

---

(92) L. 2 § 1, *De div. reg. jur.*, D., L., 17.

(93) La restriction que nous apportons à notre proposition est commandée par une différence importante et bizarre, qui sépara, jusqu'à Justinien, ces deux classes d'incapables. Elle consistait en ce que, tandis que, comme nous l'avons vu *suprà*, notes 84 et 85, les femmes, en principe, et sauf les exceptions signalées, ne pouvaient être ni tutrices ni curatrices, les impubères pouvaient anciennement, et peut-être encore dans le droit classique, être tuteurs légitimes, même d'impubères. Deux textes l'établissent sans conteste (Const. 5, *De legit. tutel.*, C. Just., v, 30 ; § 13, *De excusat. tutor. vel curator*, Inst., I, 25), et permettent de généraliser différents passages de Gaius et d'Ulpien qui ne se réfèrent qu'à la tutelle légitime des femmes, exercée par des impubères. (Gaius, I, §§ 177, 178 et 179; Ulp., *Reg.*, XI, §§ 20 et 22.) La raison de cette étrange particularité, qui conduisait à ce résultat absurde que deux frères impubères étaient sous la tutelle l'un de l'autre, résidait dans l'idée très-fausse qui avait originairement présidé à l'établissement de la tutelle légitime, organisée, on le sait, dans l'intérêt, non pas des pupilles, mais bien des tuteurs. Aussi pouvait-elle appartenir aux *furiosi*, aux sourds et aux muets (Gaius, I, 180 ; Ulp., *Reg.*, XI, § 21 ; textes encore spéciaux à la tutelle légitime des femmes, mais qui doivent également être généralisés et appliqués à la tutelle légitime des impubères) ; pareillement, elle était considérée comme une *res in commercio*, et Gaius et Ulpien la déclaraient cessible *in jure*, du moins quand elle portait sur les femmes. (Gaius, I, §§ 168 et sqq. ; cf. *eod.*, § 157 ; Ulp., *Reg.*, XI, §§ 6 et sqq.; XIX, § 11.) Il est même possible, mais, sur ce point, les textes cités sont muets et donneraient plutôt à entendre le contraire, que toute tutelle légitime ait été primitivement susceptible de *cessio in jure*. (*Sic* M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, p. 394 *in fine*, 3°, et p. suiv.) Ce qui est dans tous les cas certain, c'est que, sous Justinien, aucune tutelle n'est plus cessible. Ajoutons que cet empereur supprima cette tutelle singulière et vraiment déraisonnable, exercée par les impubères. (Const. 5, *De legit. tutel.*, C. Just. ; § 13, *De excusat. tutor. vel curator.*, Inst.) Il est même très-probable que le résultat ridicule qu'elle entraînait, et que nous avons signalé ci-dessus, dut amener sa désuétude dès l'époque classique, et que, bien avant Justinien, la pratique l'avait fait disparaître. C'est ce que l'on peut induire de ce qu'il n'existe pas, du moins que nous sachions, de texte du droit classique qui y fasse une allusion plus ou moins voilée. Mais sa suppression formelle n'eut lieu qu'en l'an 529. — On peut conjecturer, par suite de l'identité de motifs, qu'un impubère pouvait aussi, d'après les vieux principes, être curateur légitime de son plus proche parent. En ce sens, on peut tirer argument de la Constitution 5 précitée, par laquelle Justinien rétablit, dans toute cette matière, le bon sens que les anciens avaient un peu perdu de vue.

rapport à eux, être tiré de notre conclusion sur la constatation qui va suivre;

b. Le second point qui ne saurait non plus donner prise à controverse, c'est qu'il fallait avoir un certain âge pour exercer une *militia*. Ici, la certitude résulte d'un texte formel de Scævola, qui suppose un testament conçu en ces termes : « *Sempronio, alumno meo, illud et illud : et* CUM PER ÆTATEM LICEBIT, *militiam illam cum introitu comparari volo : huic quoque omnia integra.* » (94)

En présence de ces données, la seule question qui puisse s'élever est celle de savoir quel était l'âge normal (95) requis pour pouvoir être investi d'une milice vénale. — On peut, croyons-nous, tirer des principes généraux la conclusion qu'il fallait avoir vingt-cinq ans (*perfecta* ou *legitima ætas*). Ce n'est là, toutefois, qu'une conjecture, rendue vraisemblable, il est vrai, par l'application des règles relatives à la minorité, mais qu'aucun texte de nous connu ne vient transformer en réalité absolue (96). Quant à sa portée, elle était évidemment restreinte, d'un côté par l'arbitraire impérial, qui devait avoir ici une influence impossible à nier (97), de l'autre, par la possibilité pour les mineurs (*adulti*,

---

(94) L. 102 § 2, *De leg.* III, D., XXXII.

(95) L'adjonction de cette épithète est nécessitée par l'observation présentée note 97.

(96) C'est bien à tort que M. Perriquet (*op. cit.*, p. 17) indique sans hésitation, en l'absence de texte, l'âge par nous fixé. Nous n'avons trouvé aucun document qui détermine à partir de quel âge en général l'accès des milices était rendu possible. Nous n'ignorons pas qu'une loi de Scævola, que nous retrouverons plus tard (chap. III, § 2, sect. 2), parle bien, en effet, de l'âge de 25 ans (L. 18 § 2, *De alim. vel cibar. legat.*, D., XXXIV, 1); mais elle n'a rien de commun avec la question dont nous parlons, puisqu'elle s'occupe, non pas du bénéficiaire du fidéicommis de la milice, mais bien de l'époque à laquelle la charge imposée au fiduciaire devra recevoir exécution.

(97) Quand on voit, d'une part, la loi de Salpensa n'exiger aucune condition d'âge du *præfectus* délégué par l'Empereur pour remplir les fonctions de *IIvir jure dicundo* à lui déférées par le municipe, alors cependant que le *præfectus* qui remplace un *IIvir* ordinaire doit avoir trente-cinq ans (*Lex municip. Salpens.*, capp. XXIV et XXV, M. Giraud, *Nov. Enchirid.*, p. 629); quand on voit, d'autre part, Ulpien prévoir le cas où l'un des deux consuls a moins de vingt ans (L. unic. § 2, *De offic. consul.*, D., I, 10), on peut sans témérité, pensons-nous, avancer la proposition émise au texte.

adolescentes, minores XXV annis) d'obtenir à vingt ans, par rescrit impérial, une *venia ætatis* (98), et enfin par l'observation faite au sujet de l'incapacité des femmes, note 91 *supra*, et que nous trouvons l'occasion de rappeler et de présenter sous un nouveau jour : c'est que, si le mineur de vingt-cinq ans ne pouvait pas, en règle, être titulaire d'une milice, et que, s'il lui était impossible d'en trafiquer librement, à tout le moins pouvait-il y figurer en qualité de commis, et y être attaché à titre d'employé (99).

Deux nouvelles catégories d'incapacités nous apparaissent maintenant, qui l'une et l'autre sont encore fondées sur la rigueur des principes, et qui, bien que non expressément édictées par des textes spéciaux à notre matière, ne sauraient faire l'objet de la moindre contestation. Ce sont :

5° Celles qui résultent pour certaines personnes, d'abord du dérangement ou de l'absence totale ou partielle, perpétuelle ou intermittente, de leurs facultés intellectuelles, ce qui comprend notamment les *mente capti* ou *insani* (100) et les *furiosi* (101) ; puis de certaines maladies corporelles, ce qui comprend les

(98) Cette expression est employée quelquefois, pour désigner le bénéfice de l'*in integrum restitutio* accordée à raison de l'âge. (L. 20 pr. *in fine*, fr. Ulp., *De minor. XXV ann.*, D., IV, 4. Elle est alors synonyme de la locution *ætatis excusatio*, L. 37 § 1 *in fine*, fr. Tryphon., *eod.*) Tel n'est évidemment pas le sens dans lequel elle est prise au texte, où elle désigne le bénéfice spécial dont parlait déjà peut-être Papinien (L. 39 § 13, *De administ. et peric. tutor.*, D., XXVI, 7. — *Sic* M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, p. 417, note 8), en vertu duquel le mineur acquérait les droits du majeur.

(99) C'est ce qui a également lieu de nos jours pour la cléricature.

(100) La synonymie que nous établissons ici entre les mots *mente capti* et *insani* servant à désigner ceux qui ne connaissent pas les retours passagers à la raison, tient à ce que nous les opposons à *furiosi*, terme spécialement réservé aux malades dont la folie est interrompue par des intervalles lucides. Un passage de Cicéron (*Tuscul. disp.*, III, 5 ; cf. *De invent.*, II, 50) autorise pleinement cette antithèse. On sait d'ailleurs que, dans une acception large, la locution *mente capti* désigne toute espèce de fous. Cf. *amentes* et *dementes*.

(101) Notamment, disons-nous, parce que nous n'entendons pas faire une nomenclature limitative des milles variétés des maladies intellectuelles ; ce procédé, employé par le Code civil (art. 489), est extrêmement dangereux. — Notre limitation laisse spécialement de côté les individus atteints d'imbécillité, *insania stultitiæ juncta* (Cic., *Tuscul. disp.*, *ubi supra ;* voy., sur ce passage, M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, p. 402, note 4), ou de monomanie, etc. ; mais notre formule, personnes atteintes de maladies intellectuelles, les comprend tous.

sourds, les muets et ceux qui sont atteints d'une infirmité continue (*qui perpetuo morbo laborant*) (102);

6° Celle dont se trouvent frappés les *prodigi*, à la suite de l'interdiction prononcée par le magistrat, et dont Paul nous a conservé la formule (103) qui remonte aux Douze Tables.

Nous disons qu'aucune difficulté ne peut s'élever relativement à ces différents groupes de personnes. C'est qu'en effet, toutes étaient en curatelle par suite de ce motif, fort bien exprimé par Justinien et qui doit être regardé comme type de maxime générale pour comprendre tous ceux à qui il était applicable, qu'ils ne peuvent veiller à leurs intérêts personnels : « *quia rebus suis superesse non possunt.* » (104) Or on comprendrait difficilement que, rendus incapables, par la nature ou par la loi, et, dans tous les cas, déclarés tels par le législateur, d'administrer leurs propres affaires, ils recouvrassent leur capacité pour gérer celles des autres.

7° Une septième incapacité résultait de l'*infamia* et de la qualité de *turpis*, *vilis* ou *ignobilis persona*. Ici encore, du moins en ce qui concerne l'infamie, nous en sommes réduit, à défaut de pièces à conviction, à une affirmation pure et simple. Mais cette assertion ne nous paraît pas être contestable. Cujas, toutefois, partant de l'idée très-exacte que la *militia* n'est pas une *dignitas* (105), en tire, contre l'opinion de son éminent contradicteur Jean Robert, la conséquence erronée, à nos yeux, qu'on pouvait valablement léguer une milice à un *infamis* : « *quia infamia dignitate tantum arcet, non militia, non militiæ commodis, aut præbitis.* » (106) Nous ne saurions adhérer à son sentiment pour deux raisons : d'abord, c'est que l'*infamia* entraînait nombre de

(102) § 4, *De curator.*, Inst., I, 23.
(103) *Sentent.*, III, 4a, § 7.
(104) § 4 précité.
(105) C'est ce que prouve la seconde incompatibilité dont nous parlerons plus bas. Nous aurons également une conséquence importante à tirer de cette même idée, en nous occupant de la *collatio*. (Voy. chap. III, § 3, sect. 2.)
(106) *Controvers. Johann. Roberti et Jacob. Cujac.*, lib. III, cap. XI; *Cujac. opp.*, t. 1, col. 1018.

déchéances (107) qui ne se rapportaient nullement à des *dignitates* (108); dire qu'elle ne s'attaquait qu'à elles, est donc restreindre son domaine à des limites beaucoup trop étroites; c'est, en second lieu, qu'il nous est impossible d'admettre qu'une *persona turpis*, ou pour parler le langage de Dioclétien, qu'un homme qui n'était pas *integræ dignitatis* (109) ait pu être titulaire d'une milice; car, s'il est une idée qui soit vraie dans tous les temps et chez tous les peuples, c'est bien que le défaut d'honorabilité et l'infamie écartent des charges ou fonctions publiques ceux qui en sont atteints. Au surplus, ne doit-on pas conclure par analogie des effets produits par l'*infamia* dans le droit public, et par *a fortiori* de ceux qu'elle amène dans le droit privé, au résultat spécial que nous signalons, et ne serait-il pas bizarre et irrationnel, en présence de la gravité des suites à nous connues dont se trouve escortée cette dégradation personnelle, de ne pas ajouter celle-ci à la série si longue de toutes les autres? Une double considération corrobore d'ailleurs notre doctrine : la première consiste en ce que, nous le savons, l'exercice d'une *militia* donne droit à des titres honorifiques (110) qui, à coup sûr, ne sauraient être accordés à un *infamis*, sous peine d'une contradiction blessante pour la morale publique; la seconde réside dans cette idée que, si on écarte notre manière de voir, il en résultera une incohérence très-difficile à justifier, pour ne pas dire inexplicable, dans les textes, dont nous voyons deux exiger formellement la moralité chez le titulaire (111), et dont deux

(107) Nous en avons signalé plusieurs, chap. I, § 1, note 14.

(108) Sur le sens de ce mot, voir *Introd. gén.*, note 58, pp. 29 et suiv.

(109) Const. unic., *De infam.*, C. Just., X, 57.

(110) Voy. chap. I, § 4, *supra*.

(111) Const. 4 pr., *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27, *ibiq.* Gothof.; Const. 1, *De offic. mag. officior.*, C. Just., I, 31. Ces constitutions nous prouvent qu'avant la réception du candidat dans la *schola* des *agentes in rebus*, il se faisait une enquête sur sa vie, sa condition, sa moralité et sa capacité, enquête à laquelle devait se livrer la majorité des membres de la *schola*. Cette mesure, si propre à sanctionner l'ensemble des prescriptions impériales et à en assurer la stricte observation, nous paraît avoir été générale, du moins pour les milices vénales. (Voy. Gothof., *Ad Constt.* 15, 16 et 17, *De Palat. S. L.*, C. Th., VI, 30, et *Ad tit. Quid prob. deb.*, *eod.*, VII, 2. La

autres écartent de l'exercice d'une *militia* quelconque les *Thesaurenses* ou *Officiales Comitis Thesaurorum* coupables de malversation, *eversores* (112), et les *apparitores judicum* frappés de destitution par jugement, *discincti* (113), *ob culpam, vel negligentiam* (114), par ce motif, apparemment, que les *militiæ* ne devaient compter parmi leurs titulaires que des personnes dont l'*existimatio* n'était pas réputée entamée pour une cause ou pour une autre (115). Tout cela n'implique-t-il pas que le vœu de la loi était qu'on n'admît comme membres des *militiæ*, et *a fortiori* qu'on ne plaçât à leur tête, que ceux-là seuls dont l'honorabilité était tenue pour intacte? Au demeurant, une constitution d'Honorius et de Théodose le Jeune confirme notre thèse d'une façon irrécusable, en statuant d'une manière générale comme nous venons de le faire relativement aux personnes *vita culpabiles* et *origine ignobiles*, aux *pessimi* et aux *criminosi*, aux *indigni* en un mot (116).

Novelle XXXV, en exigeant une certaine capacité chez le candidat, implique la même idée.) Car un trait de mœurs est ici à relater : il consiste dans l'étroite défense faite par les Empereurs de douter, et de s'enquérir, par voie d'information, de la capacité, de la vie, de la moralité et de la condition des officiers qu'ils avaient personnellement choisis et pourvus. C'était l'infaillibilité impériale érigée en dogme d'autant plus dangereux, que sa méconnaissance constituait un sacrilège. (Const. 5, *De divers. rescript.*, C. Just., I, 23; Const. 3, *De crim. sacrileg.*, *eod.*, IX, 29. — Voy. surtout les passages de Cassiodore rapportés par Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. III, n° 63.)

(112) Const. 14 pr., *De div. offic.*, C. Th., VIII, 7, *ibiq.* Gothof. ; cette Constitution est incomplètement reproduite au Code de Justinien : Const. 2, *De palat. S. L.*, XII, 24. Comp. § 3, sect. 2 *in fine*, *infra*.

(113) Voy., sur ce mot, chap. I, § 3, note 34.

(114) Const. 20, *De divers. offic.*, C. Th., VIII, 7, *ibiq.* Gothof. ; cette Constitution, reproduite au C. Just. (Const. 5, *eod. tit.*, XII, 60), y porte une date de dix ans postérieure à celle qui lui est assignée au C. Th. (425 au lieu de 415).

(115) Comp. note 141, *infra*.

(116) Const. 18, *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27; cf. Const. 17, *eod.*; *ibiq.* Gothof. Les Empereurs y prescrivent une épuration de la *schola* des *agentes in rebus*, et ordonnent au *magister officiorum* à qui ils l'adressent, d'en expulser ceux « *quos vita culpabiles, et origo habet ignobiles, et ex servili fæce prorupisse demonstrat... Quo, remotis abjectis, pessimis, criminosis, spectata militia, in statum pristinum revocata, bonorum virorum collegio frequentetur.* » Cette constitution, que nous ne voyons aucun inconvénient à généraliser, en ce qui concerne l'admission aux milices, nous montre clairement deux choses : d'une part, qu'on exigeait des membres des *militiæ* une certaine dignité, et, de l'autre, que, pour en faire partie, il ne fallait pas être de trop basse extraction. Cette observation a son importance : car elle exclut, par là même,

Voici venir maintenant tout un cortège d'incapacités spéciales qui datent de la législation du Bas-Empire. Le principe pernicieux établi à cette époque, de river l'individu à sa fonction et de faire du titulaire un esclave de sa charge (117), aboutit à cette conséquence toute naturelle que, pour pouvoir faire partie d'une *militia*, il fallait être libre de tout lien. De là, la sollicitude de la loi à créer des incapacités spéciales, qui toutes, dans leur essence, se rattachent à cette idée. Nous nous contenterons d'en signaler deux, sous nos numéros 8 et 9, qui suffiront à mettre en pleine lumière la déduction dont nous venons de parler (118).

8° Tout d'abord, les empereurs durent se préoccuper d'empêcher l'émigration vers la *militia palatina*, de tous ceux qui faisaient partie de corporations ou corps de métier (*corpora*, *corporati*), de quelque nature qu'ils fussent, associations civiles ou municipales, fabriques, manufactures, confréries religieuses, etc. Aussi voyons-nous Honorius, dans le recensement qu'il opéra, en 399, des *Palatini*, fermer la porte du palais à ceux qui se trouvaient attachés à un *corpus* quelconque, et les déclarer incapables d'être membres de la *militia palatina* (119).

---

outre les esclaves dont nous avons parlé (voy. n° 2), les personnes tenues pour *ignobiles* dans les idées d'alors, ce qui comprenait certainement tous les plébéiens, frappés de dégradation et d'avilissement sous les meilleurs princes. (Voy. l'anecdote rapportée par Spartien, *Sev.*, 2, au sujet de Septime Sévère.) Du reste, l'entrée des *militiæ* leur eût été inaccessible pour deux autres motifs : d'un côté, parce qu'ils exerçaient, en général, des métiers auxquels ils se trouvaient enchaînés (voy. n° 8), de l'autre, parce qu'ils manquaient, faute d'instruction, des connaissances et des aptitudes requises. (Voy., sur ce point, la première incapacité relative.) — Du terme *ignobilis* doit être rapproché le mot *vilis*, expression assez mal définie, et qui embrassait, outre les *infames*, les individus de condition sociale inférieure. La question de savoir où commençait et où finissait la *vilitas*, ne devait certainement pas aller sans difficulté.

(117) Voy. chap. I, § 4, p. 420.

(118) La première est tellement large, qu'au besoin, elle aurait pu nous dispenser de fournir la seconde. Mais cette dernière aura l'avantage de préciser la précédente, dont elle n'est, au fond, qu'une application particulière.

(119) Constt. 16 et 17, *De Palat. S. L.*, C. Th., VI, 30, *ibiq.* Gothof. Voy. aussi Novell. Valent. III, t. XV. — Il ne faut pas hésiter, pensons-nous, à généraliser le contenu des textes précités, et à étendre leurs prohibitions à toutes les *militiæ*. Ce qui prouve bien que toutes les personnes dont il vient d'être question, ne pouvaient exercer aucune milice, c'est la minutie véritablement révoltante avec laquelle la loi s'ingénie à découvrir, et imagine parfois des procédés propres à éviter la rupture du lien qui retient captif le fonctionnaire ou l'ouvrier à sa charge ou à son état. Pour le

9° Une seconde incapacité spéciale a trait aux décurions, et n'est, à vrai dire, qu'une des faces multiples de l'incapacité générale dont la mention précède. Pour fuir l'horrible oppression qui pesait sur les membres des curies, pour échapper, d'après le mot énergique de Salvien (120) « à la strangulation de l'impôt », que ne devait pas tenter le curiale (121) ? Mais, comme l'expriment, en l'année 390, Valentinien, Théodose et Arcadius, dans une comparaison qui pourrait sembler une odieuse ironie, les curiales sont comme des Pontifes voués à la célébration d'un mystère perpétuel ; ils ne sauraient, sans commettre un sacrilège, déposer leurs bandelettes. « .....*Sed maneant in sinu patriæ, et, veluti dicati infulis* (122), *mysterium perenne custodiant; sit illis piaculum, inde discedere.* » (123) De là, de la part du législateur, un luxe vraiment inoui de précautions, pour enchaîner le curiale à sa condition, pour lui fermer toutes les issues par lesquelles il aurait l'espoir de se dérober à cet esclavage public, ou, pour mieux dire, à ce supplice héréditaire. Nous n'avons pas à insister sur les innombrables prohibitions dont furent frappés les décurions (124). Nous nous bornerons à relever, d'un côté, la

---

premier, on en trouvera une idée dans le n° suivant, relativement aux décurions. En ce qui concerne le second, rappelons simplement que, dans les fabriques impériales d'armes, pour empêcher les fabricants de s'enfuir, ou pour les reconnaître plus facilement, en cas de fuite, on les marquait aux bras, ainsi que les jeunes soldats ou recrues (*tirones*), mesure d'autant plus efficace que, comme l'on portait les bras nus, ces tatouages (*stigmata*, *nota publica*) se révélaient sans peine à tous les yeux. (Const. 4, *De fabricens.*, C. Th., X, 22, *ibiq.* Gothof. ; Const. 3, *eod. tit.*, C. Just., XI, 9.) De même en était-il encore pour les *aquarii* ou *custodes aquarum*, appelés *hydrophylacæ* par dérivation du grec, employés subalternes attachés aux aqueducs de Rome ; ils portaient, imprimé sur chaque main comme stigmate, le nom de l'Empereur, et, en cas de mort, celui qui était mis à leur place était marqué du même signe. (Const. 10, *De aquæd.*, C. Just., XI, 42. — Voy. P. Barral, *op. cit.*, v° AQUARII, et G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, *eod.* v°, I, et ARTIFICES, II, p. 449, col. sin.) Toutes prescriptions assurément très-significatives, dans leur but préventif.

(120) *De gubern. Dei*, V, p. 73, éd. Baluze.

(121) Novell. Majoriani, tit. VII, *De curialib.*

(122) Sur le mot *infulæ*, voy. Festus, *h. v.*, lib. IX, éd. Panck. ; cf. Varro, *De ling. lat.*, VII, 24 ; A. Rich, *op. cit.*, v^is INFULA et INFULATUS.

(123) Const. 122, *De decurion.*, C. Th., XII, 1.

(124) Ceux qui seraient tentés de les connaître, pourront se reporter d'abord aux Commentaires de Godefroy sur le titre *De decurionibus* du C. Th. (XII, 1. — Voir

défense de faire partie de la milice du palais (*se consortio copulare; palatinis officiis aggregari*) (125), de l'autre, celle de se faire ouvrir les offices des fonctionnaires (126), et, d'une manière plus large et absolument générale, celle d'exercer une milice quelconque (*ullam affectare militiam*), sous peine d'en être expulsé (127).

---

aussi le même titre au Dig., L, 2, et au C. Just., X, 31), puis aux auteurs modernes qui se sont occupés du droit municipal romain, tels, notamment, que MM. Raynouard, Serrigny, Béchard, Houdoy, Klippfel (*Nouvel. rev. hist.*, 1879, pp. 574, *in init.*, et suiv.). Consulter aussi M. Ch. Gide, *Du droit d'association en matière religieuse*, pp. 69 et suiv. (Thèse de doct., présentée à la Faculté de droit de Paris, le 27 juin 1872.)

(125) Constt. 22, 31, 38, 88, 100, 120, 147 §§ 1 et 3, 154, *De decurion.*, C. Th., *ibiq.* Gothof.— Il faut noter ici l'important privilège dont jouissaient les *Palatini* : il consistait en ce que, après un certain temps de service dans la *militia palatina*, qui subit de très-nombreuses variations, et que Théodose le Jeune finit par fixer à quinze ans (Const. 14 pr., *De privileg. eor.*, C. Th., VI, 35; Gothof., *Ad h. Const.*, *Ad Const. 12*, *eod.*, et *Ad Const. 67*, *De decurion.*, C. Th.), ils étaient libérés des charges si lourdes de la curie. Cette immunité ne s'appliquait cependant pas à ceux qu'un jugement avait attribués à la curie (« *curiis... per sententias judicum traditi* ») et qui y étaient alors attachés à perpétuité. Elle avait seulement trait à ceux « *de quorum conditione in judiciis quæstio vertebatur.* » (Const. 14 précitée, § 3.)

(126) Constt. 13, 22, 31, 42, 82, 96, 113, 137 pr., 147 §§ 2 et 3, 164, 175, 181 § 1, *De decurion.*, C. Th., *ibiq.* Gothof.

(127) Const. 188, *De decurion.*, C. Th., XII, 1, *ibiq.* Gothof.; cf. Const. 168, *eod.*— Les différentes prohibitions que nous venons de rencontrer au sujet de la *militia civilis* avaient leur pendant pour la *militia armata*. En effet, les *curiales* qui avaient réussi, malgré tout, à prendre rang dans l'armée, en dépit des défenses répétées d'embrasser la carrière militaire (Constt. 10, 11, 13, 37, 38, 40, 43, 45, 56, 58 § 1, 87, 94, 95, 113, 125, 129, 137 pr., 139, 143, 144, 147 pr., 154, 168, 181 § 1, *De decurion.*, C. Th., *ibiq.* Gothof.), devaient en être arrachés, si on venait à les découvrir, à moins qu'ils n'eussent accompli un temps de service que les lois fixèrent, tantôt à vingt (Const. 13, *h. t.*, C. Th.), tantôt à dix (Const. 56, *h. t.*, C. Th.), tantôt à cinq (Constt. 38 et 88, *h. t.*, C. Th.), tantôt, enfin, à quinze ans (Const. 95, *h. t.*, C. Th.), ou que leurs services leur aient valu le titre de comte de 1er ordre. (Const. 2, *De comit. rei milit.*, C. Th., VI, 14. — Voy. Godefroy sur toutes les Constt. précitées.) — Le titre du C. Th., *Quid probare debeant ad quamcumque militiam venientes*, VII, 2, duquel doit être rapproché le titre *Qui militare possunt, vel non possunt*, au C. Just., XII, 34, a pour but à peu près exclusif de sanctionner toutes ces prescriptions et d'assurer leur exécution (comp. Const. 102, *De decurion.*, C. Th., *ibiq.* Gothof.), en traçant les règles minutieuses de l'enquête en forme et de la procédure sévère auxquelles il fallait se livrer sur l'origine et la condition du candidat, dont les assertions, à cet égard, devaient être appuyées sur le témoignage d'*honestissimi homines*. (Const. 1, *Quid. prob. deb.*, C. Th. — Voy. *supra*, note 47.) Ces diverses mesures, destinées à éviter qu'on ne désertât le décurionat pour les emplois civils ou militaires, ou inversement, n'étaient pas seulement ordonnées au sujet de ceux qui voulaient entrer dans l'armée (Const. 1, *De tiron.*, C. Th., VII, 13, *ibiq.* Gothof., éd. Ritter, t. 2, f°. 372, *col. rect.*, I), mais elles s'appliquaient aussi aux candidats à une milice palatine. (Constt. 3 pr. et 4, *De agent. in reb.*, C. Th., VI, 27; Constt. 15 § 1, 16 et 17, *De palat. S. L.*, C. Th., *eod.*,

Voici enfin une dernière incapacité absolue qui date également du Bas-Empire, et qui épuise la liste de celles que les principes généraux du droit privé et du droit public nous ont suggérées, et que nous avons pu rencontrer dans les textes, sans oser nullement nous flatter de n'en avoir omis aucune.

10° Après le triomphe officiel de la religion chrétienne, que Constantin érigea le premier en religion d'Etat, on comprendra sans peine qu'à une époque où sévissait cette formidable intolérance qui suivit l'avènement du dogme catholique au trône, intolérance dont les empereurs donnèrent bientôt le signal et dont ils ne se départirent jamais (128), on comprendra sans peine, disons-nous, qu'ici, comme en bien d'autres matières, on ait pris en considération l'orthodoxie religieuse. De là, l'incapacité spéciale dont furent atteints les sectaires des cultes dissidents (129).

B. — A côté des incapacités absolues, figurent les incapacités relatives, dont nous n'avons qu'à présenter la très-brève énumération. Nous n'en avons trouvé que deux dans les documents juridiques.

1° Tout d'abord, les textes nous révèlent que, pour certaines milices, on exigeait du candidat certaines études, une certaine

---

30, *ibiq.* Gothof. — Voy. aussi pour les avocats qui exerçaient près le siège du préfet du prétoire : Const. 11 § 1, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7.)

(128) C'est là un des plus graves griefs de Procope contre Justinien (voy. son *Historia arcana*), bien qu'on ignore à quel culte il appartenait précisément. (Voy., dans la *Nouvel. biog. gén.*, l'article qui lui est consacré.)

(129) Voy., en ce qui concerne les hérétiques, Const. 29, *De hæret.*, C. Th., XVI, 5, *ibiq.* Gothof.; eu égard aux *Eunomiani, Montanistæ, Priscillianistæ :* Constt. 17, 25 § 1, 48, 58 § 7, 61, *eod.; ibiq.* Gothof.; relativement aux Juifs et aux Samaritains : Constt. 16 et 24, *De Jud.*, C. Th., *eod.*, 8, *ibiq. Gothof.* (La Constitution 24, datée de 418, laissait toutefois aux juifs la possibilité d'être avocats ; mais elle leur fut bientôt retirée par Léon et Anthémius en 468 ; Const. 15, *De episcop. audient.*, C. Just., I, 4; Const. 8, *De postul.*, *eod.*, II, 6), et, d'une manière générale, en ce qui touche tous ceux « *qui catholicæ sectæ sunt inimici* », et dont on trouvera une énumération assez longue dans la Const. 65 § 2, *De hæret.* (C. Th., *ibiq.* Gothof.), et dans la Const. 5 (*eod. tit.*, C. Just., I, 5) : Const. 42, *De hæret.*, C. Th., *ibiq.* Gothof. ; Zosim., V, 46 ; Const. 65 § 3, *eod.*, *ibiq.* Gothof. ; Const. 21, *De pagan.*, C. Th., XVI, 10, *ibiq.* Gothof. ; Const. 20, *De episcop. audient.*, C. Just. ; Constt. 12 et 18 pr., *De hæret.*, *eod.*, I, 5 ; Const. 9, *De div. offic.*, *eod.*, XII, 60 ; Novell. CIX pr., et CXLIV, cap. II.

aptitude (130). Il fallait qu'il fût *idoneus* (131). Quant au degré de capacité scientifique, il est impossible de le mesurer d'une manière uniforme et absolue. Essentiellement variable suivant les charges, son niveau devait être plus ou moins élevé, d'après

---

(130) Cette nécessité d'avoir une certaine instruction excluait tous ceux qui manquaient de culture intellectuelle, *propter rusticitatem*, suivant l'expression fréquemment employée dans les lois romaines. (*Ex gr. :* L. 2 § 7, fr. Callist., *De jure fisc.*, D., XLIX, 14, et une infinité d'autres. — Cf. *rusticitas hominis*, L. 2 § 1, fr. Paul., *Si quis in jus voc.*, D., II, 5.)

(131) Const. 6, *Qui milit. poss.*, C. Just., XII, 34 ; Novell. XXXV. — La multiplicité des acceptions du mot *idoneus* fait qu'il prête souvent à équivoque. (*Ex. gr. :* L. 3, fr. Ulp., *De fidej.*, D., XLVI, 1 ; Const. 2 §§ 1, 2, 3, 4, et Const. 5, *De filiis militar.*, C. Th., VII, 22.) Spécialement pour les fidéjusseurs, il est très-usité dans le sens de *locuples*, de *solvendo esse*, de solvable. (Voy. au titre *Qui satisd. cog.*, D., II, 8, L. 5 § 1, fr. Gaius, *coll. cum* L. 7 pr., fr. Ulp., *eod.;* cf. L. 7 § 10, fr. Ulp., *De dol. mal.*, D., IV, 3, et L. 112 § 1, fr. Pompon., *De verb. oblig.*, D., XLV, 1 ; L. 3, *De fidej.*, D.; Const. 3, *De fidej.*, C. Just., VIII, 41. — Comp. encore dans le même sens : Const. 1, *Quemadm. mun. civil. indic.*, C. Th., XII, 5 ; L. 47 pr., fr. Paul., *De jure fisc.*, D., XLIX, 14; L. 2 § 7, fr. Ulp., *De admin. rer. ad civit. pertin.*, D., L, 8 ; L, 110 § 1, fr. Paul., *De divers. reg. jur.*, D., L, 17; Const. 4, *Quando fisc. vel privat.*, C. Just., IV, 15.) Une autre signification, qui n'a pas le même caractère juridique, une signification vague, un à peu près, est celle de capable, de suffisant. Sans doute, on ne disait pas en général, lorsqu'on parlait de la capacité en matière de contrat : *Personæ idoneæ* et *personæ non idoneæ*. Maie cette distinction se rencontre très-bien, étant donnée une matière particulière ; par exemple, on voit opposer dans les textes le *tutor idoneus* au *tutor non idoneus*, le tuteur capable, habile à la gestion, au tuteur incapable, inhabile à gérer. Ainsi donc, *idoneus* s'applique tantôt à la solvabilité en fait, et tantôt à la capacité en droit. (Comp. les locutions : *idonei functionibus publicis*, Const. 5, *De filiis militar.*, C. Th. ; *minus aptus* ou *ineptus* et *minus idoneus*, Const. 2 § 4 et Const. 5, *eod.* Voy. aussi Novell. XXIV, *Præfat.*) Parfois enfin, comme dans notre sujet, ce terme, que l'on trouve encore employé par les auteurs romains dans le sens de convenable (*legata idonea*, dit Capitolinus, *Ant. Pius*, 12 *in fine*), désignait la capacité de fait, dans le sens non juridique, la capacité ou l'aptitude intellectuelle. Que maintenant ce soit bien dans cette dernière acception que les deux textes cités au début de cette note prennent le terme *idoneus*, et non pas dans celle de solvabilité, c'est ce que l'on peut induire de ce fait, que nulle part nous ne rencontrons exigée, de la part du candidat, de condition de fortune. Il est même une Constitution de Théodose, d'Arcadius et d'Honorius, qui dispose formellement que la modicité des ressources pécuniaires n'empêchera pas d'exercer l'office d'*apparitor*. (Const. 4, *De divers. offic.*, C. Just., XII, 60.) Nous ne croyons pas qu'il faille tirer argument de cette loi, pour soutenir, contrairement à notre opinion, que la règle qu'elle contient implique un principe opposé en ce qui concerne les milices ; car, nous le répétons, nous ne l'avons vu formulé dans aucune source. Il est clair, d'ailleurs, que nous n'entendons pas dire par là que les prolétaires pouvaient être titulaires de *militiæ ;* notre pensée est simplement qu'on n'exigeait pas une constatation en règle, un inventaire de la fortune du postulant, et qu'on ne lui demandait pas de posséder un gros patrimoine ; à ce point de vue encore, on devait, comme de nos jours, rencontrer, suivant les charges, de très-sensibles variations.

leur nature même (132), et nous pensons que le maximum qui ait été atteint à cet égard, se rencontre au sujet des milices d'avocats, puisque nous voyons les empereurs Léon et Anastase requérir de quiconque aspirait à ces fonctions des connaissances juridiques suffisantes, acquises par l'étude du droit pendant un certain temps (133).

2° Il était, en second lieu, conforme au principe de la hiérarchie, tel que nous l'avons vu érigé en dogme social et qui, nous le savons, formait le pivot des différentes institutions du Bas-Empire (134), de ne point admettre l'exercice répété des mêmes charges. De là, la prohibition déjà signalée (135) de l'*iteratio*, et l'incapacité qu'elle engendrait et qui est fréquemment rappelée dans les textes de se faire deux fois investir de la même milice (136).

---

(132) Comp. chap. I, § 4, pp. 415 et suiv. Voilà précisément pourquoi nous rangeons l'absence de la condition en question parmi les incapacités relatives ; car, tel qui n'était pas propre à telle milice, pouvait fort bien être apte à telle autre.

(133) Const. 11 § 1, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7; Const. 3 §§ 4 et 5, et Const. 5 §§ 4 et 5, *De advoc. divers. judic.*, C. Just., II, 8. Les études de droit durèrent d'abord quatre ans. Justinien porta à cinq années l'apprentissage juridique. (*Præfat. Digest.*, I, Const. *Ad illustres antecessor.*, §§ 1 à 6. Voy. Cujac., *Observat. et emendat.*, lib. XII, cap. XL, *in init.; Opp.*, t. 1, col. 261.)

(134) Chap. I, § 4.

(135) Chap. I, § 4, notes 82 et 91.

(136) Voy., à titre d'exemple, Const. 1, *De castrensian. et ministerian.*, C. Just., XII, 26. Comp. les textes cités chap. I, § 4, notes 82 et 91. — Il convient de signaler ici deux autres incapacités relatives établies en l'année 426 par Théodose et Valentinien, mais qui ne méritent d'être mentionnées que pour mémoire, la législation qui les créa ayant été purement transitoire. L'une et l'autre sont relatives aux affranchis et à leur descendance directe (*manumissi*, ou *liberti*, par opposition aux *ex manumissis nati*, ou *libertini*. Cf., sur cette antithèse : Suet., *Claud.*, 24, et Const. 8, *De natural. fil.*, C. Th., IV, 6), et n'ont trait, toutes deux, qu'à la *militia palatina*. En ce qui concerne les affranchis, ces princes leur interdirent l'accès de toute *militia palatina*, quelqu'infime qu'en fût le rang; moins sévères pour leurs enfants, ils les autorisèrent à exercer les offices palatins jusqu'à celui de *protector*. (Const. 3, *De libert. et eor. liber.*, C. Th., IV, 10, *ibiq.* Gothof.) Ce qui prouve à présent l'abrogation de cette Constitution par Justinien, c'est la façon, qui lui est beaucoup trop familière avec les textes de ses prédécesseurs, qu'il bouleverse, tout en les laissant sous le nom de leurs auteurs primitifs, c'est, disons-nous, la façon dont elle se trouve reproduite dans son propre Code, dans lequel elle est absolument tronquée, même quant à la date, et où il n'en existe plus qu'un lambeau qui la dénature complètement : il a pour objet de prononcer une peine contre les affranchis, mis désormais sur la même

Voilà ainsi résumées, aussi complètement qu'il nous a été donné de le faire, les principales causes qui peuvent mettre obstacle à la nomination du candidat à une *militia venalis*.

II. — Mais ce n'est pas le tout de ne point se trouver dans une quelconque des hypothèses d'incapacité dont l'énumération précède ; il faut en outre n'être pas dans un cas d'incompatibilité. Il nous reste à parler en peu de mots de ce dernier point.

Or, nous trouvons les trois ordres d'incompatibilités suivantes :

1° D'une part, le cumul des fonctions, même de rang égal, était interdit, comme celui d'un *officium* et d'une *militia* (137), de deux ou de plusieurs milices (138), ou enfin de deux ou plusieurs *officia* (139).

---

ligne que leurs enfants ingénus, ingrats envers leurs patrons, les uns et les autres fussent-ils titulaires de milices, *etiamsi militantes* (ce qui démontre bien notre assertion). Cette peine consistait à faire retomber l'affranchi et ses enfants en servitude. (Const. 4, *De libert. et eor. liber.*, C. Just., VI, 7.) Dans la Constitution de Théodose et de Valentinien, semblable châtiment existait bien ; mais, par la force des choses, il ne pouvait s'appliquer qu'aux enfants des affranchis, seuls capables de *militare*, qui avaient oublié leurs devoirs de reconnaissance, de gratitude et de respect, *obsequium* ou *reverentia*, envers les patrons de leur père ou les héritiers de ceux-ci. (L'ingratitude envers les parents constituait-elle une cause d'indignité susceptible d'écarter le candidat de l'exercice d'une milice vénale ? Nous l'ignorons, faute de texte ; mais ne pourrait-on pas adopter l'affirmative, en assimilant à notre matière la solution certaine qui est donnée en ce sens pour la *militia armata ?* L. 1 § 3, fr. Ulp., *De obseq.*, D., XXXVII, 15.) — Justinien, au reste, en n'attachant plus la déchéance spéciale dont il vient d'être question, à la *libertina conditio*, ne fit qu'en revenir au principe admis du temps des jurisconsultes classiques, pour qui la qualité d'affranchi n'exerçait aucune influence au point de vue qui nous intéresse. C'est ce qu'établissent en particulier deux textes du Digeste, appartenant à Scævola (L. 102 § 3, *De legat.* III, D., XXXII ; L. 18 § 2, *De alim. vel cibar. legat.*, D., XXXIV, 1), dont l'insertion dans la compilation de l'empereur byzantin constituerait une méprise de la part de ses commissaires, si la législation de son temps eût admis la même doctrine qu'en 426.

(137) Const. 17, *De numerar.*, C. Th., VIII, 1, *ibiq.* Gothof.

(138) Const. 5, *Qui milit. poss.*, C. Just., XII, 34 ; *junge* Const. 8, *eod.*, que nous ne connaissons que grâce à la restitution que notre grand Cujas en a faite, d'après le livre 57 des *Basiliques*. (Voy. Cujac., *Opp.*, t. 8, col. 390.) — La raison toute naturelle du non cumul, qui exista de tout temps à Rome pour les magistratures, fut très-bien aperçue et très-clairement dégagée par Justinien dans une Constitution où nous relevons les deux passages suivants : « ..... *ne, cum ad utrumque festinat, neutrum bene peragat...* » — « ..... *neque enim facile credendum est etiam duabus necessariis rebus unum sufficere : nam cum uni... adfuerit, alteri abstrahi necesse est.* » (Const. 14 pr. et § 1, *De adsessor.*, C. Just., I, 51.)

(139) Const. 10 § 1, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19 ; Const. 1, *De præpos. agent. in reb.*, *eod.*, 21.

2° D'un autre côté, Justinien défendit le cumul d'une *dignitas* et d'une *militia* (140).

3° Enfin ce même prince édicta une dernière cause d'incompatibilité, qui planait sur tous ceux qui se livraient au commerce, *negotiatores* (141), à la seule exception des *argenti distractores*, ou *argentariæ mensæ præpositi* ou *argentarii* de Constantinople (142), sortes de banquiers au caractère assez mal défini. Il ne fit, en cela, que suivre les errements du passé, en rénovant une prohibition que ses prédécesseurs avaient déjà créée (143).

---

(140) Const. 8, *Qui milit. poss.*, C. Just., XII, 34.

(141) Const. unic., *Negotiat. ne milit.*, C. Just., XII, 35.— On relève dans les textes ce trait de mœurs singulier, dont notre Constitution est certainement un écho et un produit (comp. 7° incapacité absolue, *supra*), que les *negotiatores* étaient, au Bas-Empire, considérés comme exerçant des métiers vils et déshonorants. La profession commerciale était mise sur la même ligne de mépris que les *abjecta officia* et que les *deformia ministeria*, et elle était assimilée par les empereurs aux emplois qui procuraient des *turpia lucra*. (Const. 6, *De dignit.*, C. Just., XII, 1, et Const. 12 § 3, *De cohortal.*, *eod.*, 58.) Remarquons qu'il s'agit bien ici d'une simple incompatibilité, et non d'une incapacité analogue à celle dont nous nous sommes occupé sous notre n° 8, en parlant des incapacités absolues. Ce qui différencie les deux cas, c'est que le membre d'un *corpus* ne peut jamais devenir titulaire d'une *militia*, même par l'abandon qu'il ferait de sa situation présente ; car il ne peut y renoncer, et c'est ce que prouve la faculté que laisse Justinien aux *armorum negotiatores* de faire partie d'une *militia competens suæ professionis*, c'est-à-dire d'une *militia fabricensium*. Au contraire, il autorise les *negotiatores*, pourvus d'une *militia* lors de sa Constitution, à opter entre l'exercice de leur *negotiatio* et celui de la milice, sauf à être dépouillés de cette dernière, s'ils se livrent de nouveau au commerce après leur option. (Const. unic., *Negotiat. ne mitit.*) Que conclure de là, sinon que le commerce ne créait nullement une cause d'incapacité, mais une simple cause d'incompatibilité ?

(142) Const. unic., *Negotiat. ne milit.*, C. Just. ; Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, *eod.*, VIII, 14 ; Novell. CXXXVI, capp. II et suiv. ; *Edict. Justinian.*, IX, cap. VI pr. (Voy. chap. III, § 2, sect. 1, art. 2.) — Encore ne pouvaient-ils faire partie de l'armée, comme l'indiquent le premier et le dernier de ces textes. — A l'exception consacrée par Justinien en faveur des *argentarii*, il convient de joindre celle que nous avons signalée dans la note précédente, mais qui n'en constitue pas une pour nous, puisqu'elle n'a trait à aucune des *militiæ palatina*, *litterata* ou *forensis*. — Cujas pense en outre que la faveur impériale pouvait permettre aux *negotiatores* de *militare* et de *negotiari*; c'est ce qu'il induit de la Const. unic., *In quib. caus. milit.*, C. Just., III, 25, à la fin de laquelle il lit : *mercandi* ET *militandi*, au lieu de VEL *militandi*. (Voy. Cujac., *In lib. IV Cod. recitat. solemn.*, *Ad tit.* LXIII, *Ad L.* III, et *Ad Const. unic.*, *Negot. ne milit.*; *Opp.*, t. 7, col. 830 *in fine*, et t. 8, col. 391.)

(143) Const. 1, *De præpos. agent. in reb.*, C. Just., XII, 21 ; Const. 12 § 3, *De cohortalib.*, *eod.*, 58. Sidoine Apollinaire, énumérant les fléaux de son temps (v° siècle), écrivait de son côté : « *Vigilant fures, dormiunt potestates, fœnerantur clerici, student pilæ senes, aleæ juvenes, armis eunuchi, negotiatores militant, milites negotiantur.* » (*Epist.*, I.)

A l'aide des données précédentes, qui nous permettent de connaître quelles sont les personnes qui ne peuvent pas être investies d'une *militia,* nous aurons facilement la solution de la question de savoir quelles sont celles qui, seules, sont susceptibles d'en être titulaires (144). Il suffira, en effet, de combiner entre elles les règles indiquées, pour aboutir à ce résultat final, que neuf conditions, dont sept positives et deux négatives, devaient être réunies pour exercer une milice.

Il fallait, en principe général (145) :

1° Etre citoyen Romain, *civis Romanus;* par là se trouvaient exclues les trois premières classes de personnes indiquées à propos des incapacités absolues;

2° Etre majeur de vingt-cinq ans;

3° Avoir la plénitude de la capacité civile, ce qui excluait les personnes atteintes de maladies intellectuelles ou corporelles et les prodigues ;

4° Posséder une certaine honorabilité ;

5° Etre libre de tout lien civil ou municipal, ce qui excluait tous les membres des *corpora* et les décurions ;

6° Relever de l'Eglise orthodoxe ;

7° Avoir une certaine culture intellectuelle;

8° Ne pas avoir exercé déjà la même charge;

9° Ne se trouver enfin dans aucun des trois cas d'incompatibilité signalés.

Ici a lieu de se poser une question fort obscure et laissée très-indécise par suite de l'état actuel des documents. Nous la formulerons de la manière suivante : A supposer qu'un candidat présenté par le titulaire d'une milice vénale ait été reconnu réunir les

(144) Nous nous sommes, en agissant de la sorte, conformé à la méthode qui paraît avoir été familière aux jurisconsultes romains, d'envisager d'abord la question sous son point de vue négatif, pour en dégager ensuite la solution positive. Pour nous borner à un seul exemple, nous citerons cette phrase de Macer : « *Qui accusare possunt intelligemus, si scierimus qui non possunt.* » (L. 8, *De accusat.*, D., XLVIII, 2.)

(145) Cette restriction trouve sa raison d'être dans l'arbitraire impérial, avec lequel l'interprète doit toujours compter, et qui, dans sa toute-puissance, pouvait évidemment écarter les empêchements qui venaient s'opposer à une nomination.

diverses conditions qui viennent d'être énumérées, devait-on nécessairement le nommer? Le droit de contrôle de la part du Pouvoir était-il ainsi limité, et ne pouvait-il pas aller jusqu'à repousser, dans ce cas même, la présentation qui lui était faite? En d'autres termes, en présence de ces deux principes par nous constatés, que le choix de son successeur appartient au titulaire de la milice, mais que sa nomination est subordonnée à l'agrément, purement facultatif et gracieux, de l'autorité de qui doit émaner cette nomination, comment fonctionnait, en pratique, cette règle à double face, dont la seconde partie venait, dans une mesure considérable, restreindre le jeu de la première? Quelle était exactement, en fait, la position du possesseur d'une *militia venalis*? Les textes, parfois prodigues de détails superflus, sont malheureusement muets sur ce point, et l'on est réduit à se proposer les motifs de la solution de ce grave problème. La cause de ce silence tient vraisemblablement à ce que la question n'offrait point à Rome, où la vénalité était loin d'être générale, même en ce qui concerne les milices (146), autant d'importance qu'elle en présentait pour les offices sous notre ancienne monarchie, et qu'elle en revêt, de nos jours encore, pour nos offices ministériels.

Quoi qu'il en soit, le droit de présentation, peut-on dire en se plaçant à un certain point de vue, n'était qu'une gratification accordée à certains officiers, en récompense peut-être de longs et méritoires services (147), et l'on concevrait mal qu'une faveur de ce genre ait pu enchaîner aussi étroitement l'approbation de celui qui l'a concédée.

Mais, si l'on considère, d'un autre côté, que le titulaire d'une *militia* n'était autre qu'un acheteur qui n'avait acquis à prix d'argent que parce qu'il comptait revendre, on en conclura que le rejet systématique des résignations, ou le refus habituel, et selon le bon plaisir du Pouvoir, des candidats présentés, aurait singu-

(146) Voy. chap. I, § 4 *in fine*, 2e observation.
(147) Voy. note 1, *supra*.

lièrement compromis, soit en y mettant un obstacle absolu, soit en y apportant un simple retard, l'existence et l'exercice d'un droit légitime, reconnu et consacré. De cette idée générale, deux conséquences découlent, qui, destinées à concilier ces intérêts opposés, ne sont l'une et l'autre que des conjectures, mais qui, fortifiées par la raison, le bon sens et l'équité, doivent être très-voisines de la vérité :

1° C'est, d'un côté, que l'autorité munie du droit de contrôle ne devait pas, sans motifs suffisamment sérieux et graves, s'opposer à la délivrance du titre ;

2° C'est, d'un autre côté, que, si l'exécution de la convention pécuniaire passée entre le cédant et le cessionnaire était subordonnée à la condition suspensive de l'agrément de l'autorité, à l'inverse, et comme corollaire de justice vulgaire, la démission devait elle-même être affectée de la même condition; de telle sorte que le résignant ne subrogeait le successeur que sous réserve expresse de ses droits, pour le cas de non confirmation par le Pouvoir armé du droit de contrôle. *Vendo tibi meam militiam, si a Principe, a quæstore, a præside, probatus fueris* (148).

Rappelons enfin qu'une fois nommé, le titulaire de la milice devait, en règle (149), indépendamment des *suffragia* versés aux mains des courtisans et dans les caisses du fisc, et en outre du prix convenu entre lui et son prédécesseur, payer un droit d'entrée qui comptait parmi ces *onera omnia et introitus militiæ*, dont nous avons vu parler Scævola (150). C'est ce droit que certains textes désignent sous le nom de *sportulæ* (151). Son attribution variait selon les divers statuts ou coutumes des compagnies. Tantôt, en effet, il s'adressait à tous les membres de la corporation indistinctement (152), tantôt, au contraire, cette sorte de don de joyeux avènement était uniquement dû à ses chefs, *primates*

(148) Voy., sur tout ceci, M. Durand, *op. et loc. citt.* — Comp. notes 5 et 7, *supra*.
(149) Voy. ch. I, § 4, note 75.
(150) L. 102 § 3, *De legat.* III, D., XXXII ; voy. § 1, note 5, *supra*.
(151) *Ex. gr. :* Const. 3, *De domest. et protector.*, C. Th., VI, 24.
(152) C'est à cette idée que se réfère, pour les *adjutores quæstoris*, ce passage de la

ou *proximi*, sous le nom de *solatium vel suffragium proximi*, et à ses principaux membres (153), tantôt enfin, ajoute Loyseau (154), « au premier et second des retenus ou supernumeraires, qui avoient la reserve des places vacantes, que la loy appelle *Proximum supernumerarium, et Mello proximum.* »

Il ne faudrait cependant pas exagérer la portée de cet usage et croire qu'il était absolu : quelquefois, en effet, les candidats étaient agréés sans être obligés de s'acquitter de ces frais; et c'est ainsi, notamment, que nous voyons les fils des avocats, admis eux-mêmes à remplir ces fonctions, jouir du privilège de « *gratis et sine sumptibus sociari.* » (155)

§ 3. — *Rapports des titulaires de milices avec l'autorité qui les a nommés. — Section* 1 : *suspension; — Section* 2 : *destitution et déchéance du droit de disposition; — Section* 3 : *diminution du nombre des titulaires; réduction et suppression de* militiæ; — *Section* 4 : *augmentation du nombre des titulaires et des* militiæ *existantes; création de nouvelles milices.*

Tout est loin d'être dit au sujet du contrôle à exercer par le Pouvoir à l'égard des milices, quand on a examiné son intervention dans la nomination des titulaires. Ce n'est là, à proprement parler, qu'une sorte d'épisode des droits qui restent aux mains de l'autorité supérieure, et il faut avouer qu'ainsi limités et bornés, ses prérogatives et ses devoirs se réduiraient à fort peu de chose. Aussi bien ne peut-il pas en être ainsi, et est-il indispensable de les voir se compléter et se développer selon les exigences de l'utilité publique qui en sont à la fois et la base et la mesure. De là, ce complément nécessaire à l'étude qui précède, dans lequel

---

novelle XXXV : « *Hi autem qui fiunt in locum eorum qui suo loco ceciderunt, centum solidis præstitis fiant.* »

(153) Constt. 7 et 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. Le premier de ces deux textes a été analysé et transcrit *supra*, pp. 449 et suiv.

(154) *Op. cit.*, liv. II, chap. VIII, n° 32.

(155) Constt. 3 § 5, et 5 § 5, *De advoc. divers. judic.*, C. Just., II, 8.

nous allons examiner les prérogatives dont jouit l'administration suprême, pour donner satisfaction aux besoins sociaux, et assurer la garantie des citoyens en écartant les dangers qui pourraient la compromettre.

L'intérêt général, qui a demandé que l'on n'appelât aux fonctions publiques que ceux qui seraient jugés capables de les remplir, réclame aussi que l'on n'y maintienne pas les titulaires qui seraient trouvés indignes de les conserver. A cet effet, une nouvelle immixtion, une nouvelle ingérence du Pouvoir devient nécessaire, et à son contrôle sur la délivrance du titre, doit venir s'ajouter sa surveillance active sur les titulaires de milices, afin, le cas échéant, de prendre des mesures disciplinaires propres à réprimer les abus et à en éviter le retour. Parmi elles, nous rencontrons la suspension et la destitution.

D'un autre côté, des circonstances spéciales peuvent démontrer l'inutilité relative ou absolue, partielle ou totale de certaines charges, ou, au contraire, la nécessité d'en accroître le nombre, par suite de l'insuffisance de celles qui existent, ou même d'en instituer de nouvelles.

C'est autour de ces quatre idées générales, que se grouperont les développements, rendus très-sobres par la pauvreté et quelquefois par l'absence complète des sources, que nous devons consacrer aux rapports des titulaires de milices avec l'autorité de qui émane leur nomination. De la sorte, après avoir examiné dans les quatre sections entre lesquelles se répartira ce paragraphe, et qui auront trait :

La première à la suspension ;

La seconde à la destitution et à la déchéance du droit de disposition ;

La troisième à la réduction et à la suppression de *militiæ ;*

La dernière enfin à l'augmentation de leur nombre et à la création de nouvelles charges ;

De la sorte, disons-nous, nous aurons vu se dérouler sous tous ses aspects, et nous aurons envisagé sous toutes ses faces, ce

que l'on pourrait appeler les manifestations du droit de contrôle appartenant au Pouvoir supérieur sur les *militiæ venales*, considéré dans ses diverses évolutions.

SECTION 1. — *De la suspension.*

Ici, la réserve la plus grande nous est commandée : des documents positifs nous font, par malheur, absolument défaut. Il n'existe que quelques rares indices pour nous servir de fils conducteurs.

Ce n'est pas, sans doute, que l'idée de la suspension ait été inconnue à Rome. Nous possédons, en effet, des textes qui nous parlent de certaines personnes écartées momentanément de leurs fonctions, ou frappées de l'interdiction *ad tempus*, de vaquer à leur emploi. « *Alia causa est ejus, qui ad tempus ordine removetur.* » — « *Si quis .....ad tempus ordine* [*sit*] *motus* », nous dit Ulpien à propos des décurions (1); et, ce qui nous semble beaucoup plus significatif, le même jurisconsulte écrit : « *Imperator..... Antoninus edicto proposito statuit, ut, cuicumque aut quacumque causa ad tempus ordine, vel advocationibus, vel quo alio officio fuisset interdictum, completo tempore nihilominus fungi honore vel officio possit: et hoc recte; neque enim exaggeranda fuit sententia, quæ modum interdictioni fecerat.* » (2) Ces différents fragments établissent bien clairement deux points :

C'est d'abord, comme nous l'avons avancé, que l'idée de suspension ne fut pas étrangère à la législation Romaine ;

C'est, ensuite, que cette peine était, en droit Romain, chose beaucoup plus grave que chez nous ; car, tandis qu'aujourd'hui, elle ne constitue qu'un châtiment temporaire, infligé au titulaire répréhensible, qui, sans le priver de la jouissance de son droit,

(1) LL. 2 pr., et 3 §§ 1 et 5, *De decurion.*, D., L, 2; cf. L. 5, fr. Papin., *eod.*; L. 15 pr., fr. Papin., *Ad municip.*, D., L, 1; Const. 3, *Ex quibus causis infam. irrog.*, C. Just., II, 12; Const. 1, *De his qui in exil.*, *eod.*, X, 59.

(2) L. 3 § 1, *De decurion.*, D., L, 2.

lui fait perdre l'exercice de sa charge pendant un certain temps, durant lequel il sommeille, elle nous apparaît à Rome comme une sorte de paralysie et de privation temporaire du titre lui-même, et comme ne s'attaquant pas seulement à l'exercice, mais bien encore au titre actif de la fonction, et à la place qu'on occupait, puisque l'exclusion (*interdictio*) était prononcée pour un temps pendant lequel on ne pouvait se prévaloir d'aucune des prérogatives de la charge. Mais, à l'expiration de la peine, le titulaire recouvrait ses fonctions avec son ancien rang, sauf toutefois à n'exercer, qu'à la première vacance qui se produirait, dans le cas où la place laissée sans représentant par suite de l'interdiction, aurait été occupée dans l'intervalle par un remplaçant, et où les cadres se trouveraient pleins à l'expiration de la peine (3).

Toutefois, nous n'avons pu découvrir aucun texte précis, net et formel de ce genre, touchant les milices. Est-ce à dire que cette sage mesure n'y ait point été en vigueur? On n'aperçoit pas très-bien les motifs qui auraient empêché l'admission d'un pareil usage. Il y a même un préjugé en faveur de la conjecture que nous hasardons. Il réside dans cette idée qu'Ulpien, dans la dernière loi que nous venons de transcrire, nous montre expressément que l'on appliquait ce châtiment aux membres du barreau et des *officia*, et ce jurisconsulte constate ailleurs le même fait, au sujet des avocats (4). Papinien n'est pas moins explicite à leur égard (5), et une constitution de Marc-Aurèle nous indique clairement, par son insertion dans le Code de Justinien (6), que la pratique existait encore identique sous ce prince. Or, nous avouons

(3) L'hypothèse est textuellement prévue par Ulpien, en ce qui touche les décurions. Après avoir statué sur le cas où un décurion aurait été condamné à la rélégation, il poursuit en ces termes : « *Alia causa est ejus, qui ad tempus ordine removetur : hic enim impleto tempore decurio est : sed et in hujus locum sublegi poterit : sed et si plenum locum invenerit, exspectet* [*et*] *donec locus vacet.* » (L. 2 pr., *De decurion.*, D.)

(4) L. 1 § 13, *De offic. præf. urb.*, D., I, 12 ; L. 6 § 1, *De postul.*, D., III, 1 ; L. 6 § 7. *Mandat. vel cont.*, D., XVII, 1 ; L. 9 pr., *De pœnis*, D., XLVIII, 19.

(5) L. 8, *De postul.*, D., III, 1 ; L. 13 § 1, *De leg. Cornel. de fals.*, D., XLVIII, 10.

(6) Const. 1, *De his qui in exil.*, C. Just., X, 59.

avoir quelque difficulté à comprendre pourquoi on aurait écarté cette règle, en ce qui concerne les avocats titulaires de milices.

On ne saurait, il est vrai, avec d'aussi maigres documents, tenter d'ébaucher une théorie générale sur la suspension des titulaires de milices. Tout au plus peut-on se permettre d'avancer, et nous bornons là notre prétention, que l'esprit du droit Romain ne semble pas avoir répugné à l'admission de cette mesure souvent très-salutaire. A supposer qu'il en ait été ainsi, une double conséquence en serait résulté :

1° La première, c'est que le possesseur de la milice aurait encore conservé le droit de la céder, du moins à l'expiration de la *motio ad tempus*, ou de l'*interdictio ;*

2° La seconde, c'est que n'usant pas de ce droit, il aurait repris son rang et son titre à la cessation de la suspension (7).

Arrivons maintenant à la destitution, sujet un peu moins environné d'obscurités que le précédent.

Section 2. — *De la destitution des titulaires de milices et de la dechéance du droit de disposition.*

Nous avons à rechercher successivement si la destitution pouvait atteindre les titulaires de milices vénales ; en cas de réponse affirmative, quels faits étaient susceptibles de l'entraîner, et enfin quels en étaient les effets.

I.—Et d'abord, la destitution pouvait-elle frapper les possesseurs des *militiæ venales* qui s'étaient rendus coupables? Quelque naturel et logique, et nous ajouterons quelque désirable que paraisse être ce dénouement de la culpabilité, et quoique Rome l'ait appliqué en dehors des *militiæ*, et bien avant leur apparition sur la scène juridique, cependant il semble, à raison des caractères particuliers de certaines de ces charges, venir se heurter contre un obstacle qui aurait pu faire fléchir le principe, en fai-

(7) Voy., sur toute cette matière : Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. VII, n° 74, et chap. XIII, n°s 70 et suiv.; MM. Dard, *op. cit.*, pp. 183 et suiv.; Durand, *op. cit.*, p. 52, note.

sant hésiter sur son admission. Car il convient de ne jamais perdre de vue que, parmi les milices, il en était de vénales. Or, pourrait-on dire, enlever à leurs possesseurs la propriété qu'ils avaient acquise sur elles, par la privation du titre en vertu duquel ils exerçaient leurs fonctions, n'était-ce pas les dépouiller arbitrairement d'un droit légitime, en créant un vide dans leur patrimoine? On conçoit sans peine que, considérés d'une manière générale, les officiers soient destituables, et que, dès les premières années qui suivirent l'établissement de la République Romaine, on ait pu, sans être arrêté par le moindre scrupule ou par la plus petite objection, priver de leurs fonctions des consuls, tels, notamment, que Tarquin Collatin et L. Flaminius. On comprend encore sans difficulté que des faits de ce genre se soient reproduits sous l'Empire, et que, par exemple, Alexandre Sévère ait, au dire de son biographe, signalé son avènement par de nombreuses épurations dans l'ordre judiciaire et parmi les Gouverneurs de province (8). De semblables destitutions ne blessaient, en réalité, aucun droit, parce qu'elles frappaient des fonctionnaires gratuitement pourvus, et qui n'ayant rien donné, n'étaient point exposés à perdre. Mais tout autre était la situation des titulaires de milices qui, eux, avaient payé à prix d'argent la charge dont ils se trouvaient investis. Les en dépouiller, n'était-ce pas profondément blesser l'équité, par la méconnaissance de droits légitimement acquis, et très-dignes d'intérêt, de protection et de respect?

Cette considération ne laisse pas d'être puissante, et pressante tout à la fois. Elle ne devait cependant pas prévaloir en droit; car, comme l'écrit fort bien M. Durand (9) : « Quelque respectable que soit l'intérêt privé, il ne doit jamais servir à couvrir les fautes de l'ignorance ou les calculs de l'improbité. » Mais cet auteur en ajoutant : « Il ne faut pas oublier d'ailleurs que le titre était conféré par l'Empereur ou par les présidents de province, à l'égard

(8) Lamprid., *Alex. Sev.*, 15; cf. 17.
(9) *Op. cit.*, p. 51 *in fine*.

de qui la collation était entièrement gratuite », cet auteur nous semble amoindrir l'excellence de son premier motif, en laissant la porte trop grande ouverte à l'arbitraire et au bon plaisir de l'autorité. Ce n'est pas parce que le Pouvoir n'avait rien reçu du titulaire, — ce qui, du reste, n'était pas toujours absolument exact (10), et ce qui, dans tous les cas, n'avait pas empêché ce dernier de débourser entre les mains du cédant, — qu'il avait le droit de le destituer, mais bien parce qu'il était le gardien de l'intérêt général, sur lequel il devait exercer une action tutélaire, sans jamais se départir de la modération, et surtout sans jamais aller au-delà des besoins de la société qu'il représentait.

Quoi qu'il en soit, nous constatons que la destitution fut admise même pour les *militiæ venales*, et c'est pourquoi tous les textes qui sont relatifs à ce sujet n'établissent pas de distinction entre les milices vénales et les milices non vénales : en fait, les titulaires des unes et des autres pouvaient indistinctement être privés de leur titre, toutes les fois que cette mesure était nécessitée par les circonstances (11). Les documents ne permettent pas de mettre en doute cette assertion.

II. — Quelles étaient donc, cela dit, les causes qui pouvaient motiver la destitution? Elles doivent être rangées en deux catégories bien distinctes. Elles pouvaient, en effet, procéder soit de la négligence du titulaire, soit de sa culpabilité. Parcourons-les rapidement à ce double point de vue.

a. — Des textes, au nombre desquels nous en rencontrons un qui se réfère aux milices vénales, puisqu'il a trait aux *domestici*, nous révèlent l'existence d'une peine infligée aux titulaires qui, sans motif sérieux, sans nécessité absolue, et sans avoir obtenu

---

(10) Zosime nous en a donné la preuve dans le portrait qu'il nous a laissé de Théodose-le-Grand. (Voy. chapitre 1, § 2, note 145.)

(11) Voy., par exemple, pour les avocats : L. 1 § 13, fr. Ulp., *De offic. præfect. Urb.*, D., I, 12 ; L. 9 pr., fr. Ulp., *De pœnis*, D., XLVIII, 19 ; Const. 1, *De postul.*, C. Just., II, 6. L'idée de destitution, dans ces textes, ressort de l'emploi des mots *in perpetuum*, ou autres équivalents.

de congé, négligeaient de remplir leurs fonctions. Elle variait de gravité, suivant l'intensité de l'indolence reprochée, et cela était surtout sensible pour les milices dans lesquelles on tenait compte de la hiérarchie et de l'ancienneté. Ainsi, pour nous en tenir à la loi spéciale aux *domestici*, à laquelle nous venons de faire allusion, nous y voyons que l'abstention prolongée d'un de ces officiers avait pour résultat de le faire descendre de rang ; on lui faisait perdre cinq ou dix places, selon qu'il avait cessé d'exercer pendant deux ou trois ans ; était-il resté quatre années à l'écart de sa charge ? on le reléguait au dernier rang (12). Cette peine particulière, à échelons gradués, portait le nom spécial de *regradatio* (13). Enfin, une abstention d'une plus longue durée amenait la perte définitive du titre lui-même par une sorte de non usage, et constituait, à proprement parler, une véritable cause de destitution. La même Constitution, en effet, ajoute que la cessation des fonctions pendant cinq ans mettait dans l'impossibilité de les reprendre et d'en recouvrer l'exercice (14).

b. — Que si, maintenant, la destitution pouvait être encourue par un titulaire coupable de négligence, il en faut conclure qu'une solution identique s'imposait d'elle-même, et par *a fortiori*, lorsqu'il avait commis une faute plus grave, qui le rendait indigne de

---

(12) « *Si quis domesticorum nulla negotii publici abstrahente sollicitudine, nec ci per commeatum solenniter, ut abesset, facultate concessa, per biennium obsequiis serenitatis nostræ defuerit, is retrorsum in ordinem tractus inferiorem, quinque sequentibus postponatur. Si vero triennium ejus absentia continuasse monstretur, usque ad decimum locum proculdubio regredietur. Quod si quadriennio tenus abfuerit, novissimus collocetur.* » (Const. 3, *De domestic. et protector.*, C., Just., XII, 17. *Junge :* Const. 1, *De privil. scholar.*, C. Just., XII, 30.) Les délais différaient suivant les milices, et selon les circonstances, ainsi que la gravité des conséquences indiquées. (Voy. Const. 2, *De commeat.*, C. Just., XII, 43. Cf. Const. 3, *eod.*)

(13) Voy. Cujas, sur la Const. 3 citée à la note précédente. (*Opp.*, t. 8., coll. 362 *in fine* et suiv.) Il corrige, à l'aide des manuscrits et des auteurs, le mot erroné du texte *regredietur*, par le terme plus exact et plus technique *regradatur*.

(14) « *Quinquennium autem si fuerit divagatus, ipso jam cingulo spoliandus est : indignum quippe est desides a propriis tamdiu muniis aberrantes (quos esse convenit assiduos) numerari.* » (Const. 3, *De domestic. et protector.*, C. Just., XII, 17. — *Junge :* Const. 2, *De primicer. et secundicer.*, *eod.*, 7 ; Constt. 2 et 3, *De commeat.*, *eod.*, 43.) La même observation que celle présentée à la note 12, *supra*, doit être répétée ici.

la confiance publique. Et c'est ce que confirment absolument les documents (15).

Quel intérêt, à présent, avons nous cru trouver à séparer en deux classes, ainsi que nous l'avons fait, ces deux sources diverses de la destitution ? C'est qu'elles n'opéraient pas de la même manière. Ce qui caractérise le cas spécial dont nous avons parlé en premier lieu, c'est que, comme on a pu le remarquer, l'officier destitué (16) perdait de plein droit la jouissance de son titre. Au contraire, en ce qui concerne la seconde cause de destitution, il nous paraît manifeste qu'elle n'avait pas lieu de plein droit, mais seulement après une *causæ cognitio*, c'est-à-dire après examen des griefs portés contre le fonctionnaire et vérification faite des actes fautifs qu'on lui reprochait. Cela résulte de la terminologie des textes, qui conduit sans effort à cette conclusion. Ainsi, pour n'en citer que deux exemples, nous lisons dans une Constitution de Valens, Valentinien et Gratien, à laquelle nous avons déjà renvoyé (17) : « *Nullus thesaurensis vel officialis comitis thesaurorum semel deprehensus eversor quocumque pacto aut repetat militiam suam, aut aliam sibi requirat per ambitum dignitatem, vel sese transferat ad aliam quamcumque militiam.* » (18) Or, la locution *repetat militiam suam* implique que le *thesaurensis* en a été expulsé, et comme on suppose que c'est pour cause de malversation, il est incontestable que son crime aura dû être au préalable établi contre lui. Pareillement, on voit ailleurs les Empereurs édicter certaines défenses sous menace de destitution contre ceux qu'elles concernent (19). Ici

(15) Voy. les textes cités aux notes 11, *supra*, 18 et 19, *infra*.

(16) *Absolutus sacramento militiæ* (Const. 22, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4) ; *discinctus* (Const. 5, *De div. offic.*, C. Just., XII, 60) ; *exemptus matricula* (Const. 2, *De primicer. et secundicer.*, *eod.*, 7), et non *matriculæ*, comme on le trouve par erreur dans certains textes (Const. 3 *in fine*, *De commeat.*, *eod.*, 43) ; *matriculis exemptus* (Const. 3, *De div. offic.*, C. Just., XII, 60), et autres locutions du même genre. Comp. chap. I, § 3, note 34, et *infra*, note 20.

(17) § 2, note 112, *supra*.

(18) Const. 14 pr., *De div. offic.*, C. Th., VIII, 7 ; Const. 2, *De palat. S. L.*, C. Just., XII, 24.

(19) Const. 3, *De div. offic.*, C. Just., XII, 60.

encore, une constatation préliminaire était indispensable pour que le contrevenant pût être destitué (20).

III. — Arrivons, maintenant, aux effets de la destitution. Ils doivent aussi être envisagés sous une double face, relativement au titulaire, d'un côté, et par rapport aux tiers et à ses héritiers, de l'autre.

a. — En ce qui concerne, en premier lieu, les effets de la destitution au regard du possesseur d'une milice vénale, tous se résument dans ce résultat notable que, désormais dépouillé de son titre, il ne peut plus être question pour lui du droit de disposer. On peut dire que la destitution est la ruine du droit de disposition. Les textes par nous cités ne souffrent pas, sur ce point, la moindre contradiction.

b. — Mais, en ce qui touche les tiers, et spécialement les créanciers de l'officier destitué, la question est beaucoup plus délicate. L'intérêt particulier était-il complètement sacrifié à l'intérêt général? Cette mesure allait-elle frapper non-seulement le titulaire, mais encore ses créanciers, et notamment ceux qui avaient prêté des deniers pour l'acquisition de la charge, et qui, comme nous le verrons (21), étaient l'objet des faveurs particulières de la loi? Ou bien y avait-il quelque dédommagement qui compensait la perte pour le titulaire de la propriété de cette milice vénale, sur la valeur de laquelle ses créanciers et ses héritiers avaient pu fonder de légitimes espérances? Les droits et le

(20) C'est à cette idée que se réfèrent les expressions suivantes : *militia privari* (Const. 5 § 3, *De metat.*, C. Th., VII, 8 ; Const. 2, *eod. tit.*, C. Just., XII, 41 ; Const. 5 pr., *De offic. mag. officior.*, *eod.*, 1, 31 ; Const. 6, *Qui milit. poss.*, *eod.*, XII, 34 ; Const. unic., *Negotiat. ne milit.*, *eod.*, 35) ; *militia eximi* (Const. 29, *De Hæret.*, C. Th., XVI, 5); *militia spoliari* (Const. 3, *De div. off.*, C. Just., XII, 60) ; *privari cingulo* (Const. 4, *De his, qui sup. relig. contend.*, C. Th., XVI, 4) ; *cingulo spoliari* (Const. 3, *De domest. et protector.*, C. Just., XII, 17); *militiæ cingulo spoliari* (Const. 7 *in fine*, *De jurisd. omn. judic.*, C. Just., III, 13) ; *matriculis auferri* (Const. 2 *in fine*, *De commeat.*, C. Just., XII, 43), et autres analogues. (Comp. note 16, *supra.*) Observons que toutes ces locutions emportaient avec elles l'idée de déchéance, de peine, de châtiment, et qu'il ne faudrait pas les confondre avec celle de *Successorem mitters* ou *dare* (Lamprid., *Alex. Sev.*, 32), qui n'avait rien de désobligeant pour ceux à qui elle s'appliquait. (Voy. Loyseau, *op. cit.*, liv. 1, chap. III, n° 82. Comp. n° 85.)

(21) Chap. III, § 2, section 1.

gage des uns, l'espoir des autres étaient-ils méconnus, anéantis et déçus, ou, au contraire, respectés et maintenus? C'est là un point que les textes ne mettent malheureusement pas en lumière. Mais nous tenons pour certain — l'équité et la raison le commandent — que les moyens ne manquaient pas pour éviter les conséquences désastreuses de la destitution, tout en la conservant dans son principe. La pratique romaine devait avoir imaginé l'un ou l'autre de ces deux procédés, qu'elle employait distributivement sans doute, au gré des circonstances, et qu'elle avait mis à son service en prévision des évènements et des faits qui pouvaient et devaient se présenter multiples. Supposons, tout d'abord, qu'une destitution ait été méritée par l'officier : peut-être bien mettait-on, en ce cas, le titulaire coupable en demeure de vendre sa charge dans un certain délai. Que si, à présent, la gravité de la faute nécessitait une destitution immédiate, il n'est pas impossible d'admettre qu'en pareille occurence on imposait au successeur, *supernumerarius* ou autre, l'obligation de payer, à titre d'indemnité, une certaine somme d'argent entre les mains des intéressés. « Remède d'autant plus facile », dit avec raison M. Durand (22), à qui appartient cette double conjecture, « que le prix de la milice était déterminé soit par édit de l'Empereur, soit par les statuts de la compagnie. » (23)

Grâce à ces deux palliatifs, que les documents ne manqueraient pas de nous indiquer s'ils étaient plus complets, nous arrivons à concilier tous les intérêts, sans en compromettre aucun autre que celui du délinquant.

SECTION 3. — *Diminution du nombre des titulaires. — Réduction et suppression de* Militiæ.

En dehors de leur fait ou de leur faute, les possesseurs de

(22) *Op. cit.*, p. 52.

(23) Voy., par ex., la Novelle XXXV. Nous ignorons toutefois si le taux de la résignation était ainsi déterminé pour toutes les milices. Peut-être pourrait-on tirer argument en sens contraire de ce que quelques textes, et la Novelle XXXV en particulier, en en fixant un pour certaines charges, paraissent impliquer qu'il n'en existait pas pour les autres.

milices pouvaient encore se voir retirer leurs offices. Le Prince, en effet, chargé, comme il a été dit, de pourvoir à l'intérêt général, devait procéder à des réductions, si le nombre trop considérable des titulaires n'était plus en rapport avec les exigences et l'importance des fonctions dont ils étaient revêtus. Lorsqu'une mesure de ce genre devient nécessaire, deux voies sont ouvertes : la réduction immédiate, dont la conséquence est d'expulser de suite un certain nombre de fonctionnaires, et la réduction par extinction, dont le résultat est plus lointain, et qui ne supprime la place qu'au fur et à mesure des vacances produites par mort, démission ou destitution des officiers actuellement en exercice, ou enfin par l'expiration du temps assigné à la durée des charges. L'un et l'autre moyen pouvaient être employés à Rome à l'égard des milices vénales, sans autre danger que celui de porter ombrage à quelques susceptibilités. Une Constitution nous paraît impliquer que l'Empereur Léon, en réduisant à cent cinquante, en l'année 460 de notre ère, le nombre des avocats auprès du Préfet du Prétoire, mit à profit le premier procédé, et appliqua la mesure de la réduction immédiate (24). Nous en dirons autant d'une autre Constitution par laquelle Léon et Anthémius réduisent à cinquante le nombre des avocats *statuti* d'Alexandrie (25).

La seconde voie, qui permettait tout au moins de laisser aux fonctionnaires acquéreurs de leurs charges la faculté d'en jouir leur vie durant, ou pendant le temps qui leur avait été primitivement assigné, et arrivait, par une heureuse combinaison, à concilier, dans un avenir prochain, les exigences de l'intérêt public avec les droits de l'intérêt privé, la seconde voie fut pratiquée par Anastase, relativement à certaines milices d'avocats (26), et par Justinien, à l'égard des milices vénales des *adjutores quæstoris* (27).

---

(24) Const. 11 § 2, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7.

(25) Const. 13, *eod.*

(26) Constt. 3 pr. et 5 pr., *De advoc. divers. judic.*, C. Just., II, 8.

(27) Const. 13 pr. et § 1, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. Cf. Const. 15, *eod.* On verra par la première de ces deux lois (pr.) que Justinien n'innova point, mais qu'il ne fit qu'un retour pur et simple au passé.

L'inutilité des fonctions mêmes conférées aux titulaires de certaines milices, aurait pu entraîner une mesure plus radicale, celle de la suppression absolue de ces offices. L'intérêt public fut-il jamais dans le cas de la solliciter? Oui, certes, à en juger à quinze ou seize siècles de distance. Mais, à pénétrer au sein de la société de cette époque par la seule porte qui soit ouverte à l'interprète, celle des monuments juridiques, le silence des textes nous commande sinon d'en douter — l'histoire nous apprenant que les peuples subissent souvent ce que la force leur impose — du moins de faire quelque réserve à cet égard. Aussi bien, peut-on conjecturer, non sans raison, qu'en fait, de pareilles suppressions durent être assez rares, parce qu'elles cadraient mal et n'étaient pas en harmonie avec le goût des Empereurs d'Orient : amateurs déclarés de l'éclat et de la magnificence, amis du faste et de la vanité, leur tendance dut être plutôt d'augmenter que de restreindre les milices dont ils s'entouraient avec une sorte de passion, et, au lieu de ruiner le superflu, en le supprimant, de le conserver, soit en éparpillant en un plus grand nombre de titulaires les fonctions d'une même *militia,* soit en concédant à une nouvelle catégorie de fonctionnaires quelques attributions enlevées à d'autres milices. Mais ici encore, mutisme complet des textes, sur ces deux modes de création de nouvelles milices; lacune d'autant plus regrettable, qu'il eût été du plus haut intérêt de connaître comment on avait envisagé la question d'indemnité, à l'égard des milices qui se trouvaient atteintes par ces diverses mesures de suppression ou de création. Que faire, toutefois, en l'absence de documents? Des conjectures. Or, elles seraient dangereuses, parce que, forcément, on reste imbu de l'esprit de son temps, et que les idées du présent sont mauvaises conseillères dans la reconstitution intégrale des doctrines du passé.

Au cas de diminution dans le personnel d'une *militia*, comme dans l'hypothèse d'une réduction ou d'une suppression de milices, il semble que l'équité aurait exigé qu'une indemnité fût allouée aux titulaires dont l'office disparaissait, puisque ces différentes

mesures avaient pour résultat immédiat de faire s'évanouir un bien légitimement entré dans leur patrimoine par une transmission intéressée, que ce même prince, qui, aujourd'hui, était l'auteur de cette perte du droit et du titre, avait originairement consacrée, en fournissant l'appui de son autorisation. Il n'apparaît cependant pas, dans les textes que nous possédons, que les Empereurs aperçurent la nécessité d'un dédommagement ; car, dans les deux Constitutions où il est question de la réduction à vingt-six (28) du nombre des *adjutores quæstoris*, dont nous savons les milices avoir été vénales (29), si l'on voit bien sans doute Justinien prendre de minutieuses dispositions pour que la mesure de réduction à exécuter, lors des vacances, ne frappe pas les titulaires qui passeraient à certaines autres fonctions et y seraient parvenus à un certain rang, savoir : à celui de *latercularenses* dans le *scrinium sacræ memoriæ*, et à celui de *mellproximi* dans le *scrinium sacrarum epistolarum*, ou dans le *scrinium sacrorum libellorum et cognitionum*, ou qui seraient obligés de se démettre pour cause de vieillesse, de maladie, ou autres circonstances fortuites analogues (30), du moins remarque-t-on qu'il est absolument muet sur le dédommagement à accorder à ceux qui, en dehors de ces exceptions, seraient privés du droit de se faire remplacer par un nouveau titulaire en quittant leur charge (31). Cependant, on ne saurait trop répéter que la ruine du droit de présentation par le fait du Prince aurait dû trouver une juste compensation dans un équivalent octroyé par la loi, en échange de ce qu'elle retirait, après l'avoir concédé (32). Il est

(28) Constt. 13 pr. et 15, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. *Junge* Novell. XXXV.

(29) Novell. XXXV.

(30) Cette seconde exception, qui ouvrait la porte aux abus et empêchait la réduction de s'opérer, a été abrogée par la Constit. 15 précitée, de telle sorte que la première seule subista du jour où cette loi fut rendue.

(31) Constt. 13 § 1 et 15 précitées. Voy. Cujas, *Ad has Constt.* (*Opp.*, t. 8, coll. 370 et suiv.)

(32) M. Durand (*op. cit.*, p. 54, n° 57) écrit que l'on peut tirer argument en sens contraire de ce fait que les possesseurs devaient leur titre à l'Empereur, qui n'avait rien reçu. Nous lui adresserons la même critique que plus haut (voy. pp. 492 *in fine* et suiv.) à propos

bien vrai que dans les lois (33) où les Empereurs Léon et Anthémius réduisent *hic et nunc* à cent cinquante le nombre des avocats auprès du Préfet du Prétoire, et à cinquante celui des avocats en exercice (*statuti*) près le siège d'Alexandrie, ils permettent à ceux qui dépasseraient ces chiffres de plaider des causes ailleurs, ceux-là devant le *Proconsul*, ou le *Præfectus Augustalis*, ou le *Comes Orientis*, devant les *viri spectabiles vicarii* et devant les *rectores provinciarum;* ceux-ci devant les juges d'Alexandrie, autres que le *Præfectus Augustalis* et le *Dux Ægyptiaci limitis*, réservés aux cinquante membres privilégiés du barreau de la ville. Mais tous ces *causarum patroni* perdaient-ils une milice vénale? En obtenaient-ils une autre dans les nouvelles fonctions auxquelles on les appelait et qu'on les autorisait à exercer? Avaient-ils ainsi un dédommagement au point de vue spécial qui nous occupe? C'est ce qu'il ne nous est pas possible d'affirmer avec certitude; et on ne saurait avancer, sans quelque témérité, que Léon et Anthémius aient envisagé, autrement que Justinien le fit après eux, la question d'indemnité aux *militiæ venales* frappées par une réduction de titulaires.

Section 4. — *Augmentation du nombre des titulaires et des* militiæ *existantes. Création de nouvelles milices.*

Pour la raison que nous avons indiquée ci-dessus (p. 499), les créations de milices durent être, au Bas-Empire, beaucoup plus

---

de la destitution. Si l'officier, à la vérité, peut n'avoir rien versé aux mains du prince — et nous avons montré avec les auteurs que le contraire était parfois arrivé (voy. *supra*, note 10) — il n'en avait pas moins acheté sa charge, peut-être de son prédécesseur; et, dans tous les cas, l'Empereur, en autorisant les transmissions intéressées, s'était moralement obligé à maintenir le titulaire. M. Durand, lui-même, le constate. Que, par ces concessions bienveillantes et favorables, il ne se soit pas lié les mains, qu'il ne doive pas être considéré comme légalement astreint à conserver les fonctionnaires superflus ou les milices inutiles, nous l'accordons sans hésiter; mais tout cela fait-il qu'une indemnité ne soit pas due, le jour où apparaît le retrait de la concession, et où se trouve anéanti le droit de disposition? Tout au plus pourrait-on le soutenir, dans l'hypothèse où l'office n'aurait pas encore été transmis; mais dans le cas contraire, lors bien que la cession aurait été faite à titre gratuit, on ne saurait adopter une semblable doctrine, trop compromettante pour les droits acquis.

(33) Constt. 11 § 2 et 13, *De advocat. divers. judicior.*, C. Just., II, 7.

fréquentes que les suppressions. L'histoire vient, à cet égard, confirmer par les faits notre assertion. Il suffit de se rappeler le règne de Théodose le Grand et celui de Constantin (34), pour être convaincu de ce que nous avançons. Quelque grand que semble, ici encore, être l'embarras de l'interprète touchant le point de savoir quels étaient, en cas d'augmentation du nombre des titulaires et des *militiæ* existantes, c'est-à-dire au cas de création de nouveaux titulaires ou de nouvelles milices, les droits des officiers antérieurement établis, la solution de la question d'indemnité due à ceux à qui on imposait de nouveaux collègues, ou auxquels on enlevait quelques attributions conférées à de nouveaux fonctionnaires, nous paraît être moins douteuse qu'en ce qui concerne la destitution. Elle offre aussi moins de difficulté, parce que la question en elle-même ne présentait qu'un très-médiocre intérêt au Bas-Empire. On s'en rendra compte aisément, pour peu que l'on compare nos offices actuels avec ces charges subalternes dont nous nous occupons. Chez nous, ce qui fait de l'indemnité, en nous plaçant au point de vue qui nous intéresse, un principe d'équité, de justice et de raison, c'est qu'en instituant de nouveaux officiers là où ils n'existaient pas auparavant, l'Etat donne à la concurrence un aliment plus actif, dont le résultat est de diminuer d'autant les produits que chacun retirait primitivement de l'exercice de ses fonctions. Ce sont des mines dont il répartit les filons entre un plus grand nombre de propriétaires. En était-il de même au regard des *militiæ venales?* Non ; car les milices, en général, n'étaient point ce que nous appelons des offices à clientèle, puisque, pour la plupart, leurs titulaires étaient salariés par le Prince ou par les Gouverneurs de chaque province. Il résulte de là que leurs intérêts ne souffraient pas de l'augmentation du nombre des fonctionnaires, et que, par suite, le dédommagement à leur fournir apparaissait inutile. Le trésor seul avait à se plaindre, à raison de l'aggravation de ses dépenses.

---

(34) Voy. chap. I, § 2, note 145, et le début du § 4 du même chapitre.

Mais les Empereurs connaissaient les moyens de le remplir, quand ses ressources s'épuisaient.

Telles furent les milices placées sur le terrain du droit public. Etudions-les à présent au point de vue du droit privé.

CHAPITRE III.

DROIT PRIVÉ.

SOMMAIRE :

§ 1er. Introduction et caractère de la vénalité et de l'hérédité dans les milices. — § 2. Vénalité des milices. Du droit de disposition de leurs titulaires, à titre onéreux ou gratuit. SECTION 1 : transmission à titre onéreux. ART. 1 : de la vente des milices ; ART. 2 : des droits des créanciers sur les *militiæ venales* de leurs débiteurs. SECTION 2 : transmission à titre gratuit. ART. 1 : des donations de milices entre-vifs et à cause de mort ; ART. 2 : des legs et fidéicommis des milices. — § 3. Hérédité des milices. SECTION 1 : de la milice possédée par le défunt au jour de sa mort, et envisagée au point de vue du partage entre cohéritiers. SECTION 2 : de la milice donnée par le défunt à l'un de ses héritiers ; conséquence de cette donation au point de vue de la succession du donateur ; rapport.

§ 1er. — *Introduction et caractère de la vénalité et de l'hérédité dans les milices.*

Délégués par le Pouvoir à de certaines fonctions, représentants de l'autorité, préposés par elle à l'exercice de certaines charges, les titulaires des milices n'eurent d'abord, comme tous autres mandataires, qu'un droit essentiellement personnel, viager, révocable et intransmissible ; considérés qu'ils doivent être, dans cette première période, comme investis avant tout d'une mission de confiance, il est aisé de comprendre que ni eux, ni leurs héritiers testamentaires ou légitimes, ne pouvaient élever la prétention soit de choisir, soit même d'indiquer la personne au profit de qui s'opérerait sa transmission. Les principes commandaient qu'il en fût ainsi, et excluaient toute idée de cession à titre onéreux ou gratuit.

Mais les milices étaient destinées à vérifier une fois de plus l'axiôme que tout principe comporte des exceptions. On vit, en effet, quelques-unes d'entre elles se dérober à la règle générale,

et jusqu'alors absolue, et former le point de départ d'une nouvelle période dans l'histoire des *militiæ*. Il en apparut plusieurs qui, revêtant un certain caractère de patrimonialité, autorisèrent, dans de justes limites, de la part des officiers survivants qui les exerçaient, le choix de leurs successeurs, et, au profit de quelques personnes privilégiées, parmi les parents et les héritiers des titulaires décédés en fonctions, la faculté de trafiquer de la charge laissée vacante. Telle fut l'origine des conventions pécuniaires au moyen desquelles la fonction passait d'un officier à un autre. Ainsi devaient prendre naissance l'hérédité et la vénalité des milices. L'office devint dès lors partie intégrante du patrimoine ; il en constitua un élément actif dont on dut tenir compte dans sa composition et dans son évaluation. C'est précisément l'examen de la situation de ces milices devenues vénales dans le patrimoine et la succession des titulaires, qui fera l'objet du présent chapitre.

Et d'abord, comment les milices devinrent-elles vénales et héréditaires? Ce ne fut pas, ainsi qu'on pourrait le croire, en juste retour des sommes que leurs titulaires avaient eu à payer de différents côtés, pour se faire pourvoir, que la vénalité et l'hérédité furent concédées à plusieurs de ces emplois. Ces deux bénéfices n'apparaissent nullement comme une double compensation de ces déboursés divers. Qu'il nous suffise de rappeler, pour justifier notre assertion, que ces obligations financières furent imposées en dehors des milices à la généralité des fonctionnaires qui n'obtinrent jamais le privilège de la vénalité (1). Le Prince, à Rome, à la différence de ce qui se passa dans notre ancien droit français, n'ayant à aucune époque été considéré comme ayant reçu le prix de vente de ces fonctions, il en résulta tout naturellement que les titulaires ne pouvaient lui imposer l'octroi de la double prérogative dont nous parlons, en retournant contre lui le mot de Sénèque : « *Quæ emeris, vendere gentium jus est* » (2),

(1) Voy. chap. I, § 2 *in fine*, et § 4, p. 419.
(2) *De benef.*; I, 9.

ou la maxime d'Alexandre Sévère : « *Necesse est ut qui emit, vendat.* » (3) L'empereur n'avait pas touché un prix d'achat ; bien plutôt, avait-il été gratifié d'un présent tout-à-fait comparable, suivant nous, à ce que l'on appelait jadis le don gratuit.

Si donc les milices devinrent vénales et héréditaires, si, contrairement à ce qui se passa au début, où les collations furent gratuites, quelques officiers obtinrent de la bienveillance impériale le droit de transmettre leurs charges à leur mort, si enfin ils reçurent le droit de disposer eux-mêmes entre-vifs de leurs milices, il ne faut voir dans ces différentes étapes de concessions successives et purement gracieuses, qu'une série de faveurs dispensées par le prince, et qui se développèrent au gré de son bon vouloir et de sa sollicitude.

De l'ensemble de ces faits, il résulte qu'à la différence de ce qui eut lieu pour les offices de notre ancien droit, le bénéfice de l'hérédité fut concédé avant celui de la vénalité (4).

Et d'abord, la faveur impériale (5) accorda le droit à quelques titulaires de transmettre en mourant leurs offices à leurs femmes et à leurs enfants, de telle sorte que ceux-ci purent désormais présenter à l'empereur un candidat capable, auquel il attribuerait les fonctions de la milice vacante et à qui les intéressés pourraient, en retour de cette présentation, réclamer un dédommagement pécuniaire. Peut-être bien ne serait-il pas trop téméraire d'avancer,

---

(3) Lamprid., *Alex. Sev.*, 49.

(4) Telle est l'opinion qui est aujourd'hui prédominante. (Voy. MM. Dard, *op. cit.*, pp. 389 et 520, et Durand, *op. cit.*, nos 31 et 50.) Nous n'avons garde, en l'absence de preuves qui la contredisent, de ne pas y souscrire.

Il est seulement à regretter que les deux auteurs précités, qui donnent ce point comme absolument certain, et ne l'ont évidemment affirmé que sur la foi de documents irrécusables, ne les aient pas fait connaître.

Dans tous les cas, il nous paraît indubitable que, s'ils n'ont pas été absolument contemporains, ces deux bénéfices de l'hérédité et de la vénalité, entre lesquels on ne saurait nier l'identité de cause et d'effets, ont dû se suivre de très-près. Et, en fait, il est fort difficile de trouver l'un sans l'autre. (Voy. Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14.)

(5) Cette idée de faveur est bien mise en relief par ces paroles de Justinien : « ... *Et secundum jussionem nostram hoc habeant, non tanquam paternam hereditatem, si in aliis inops sit, sed tanquam imperialem munificentiam...* » (Novell. LIII, cap. v § 1.)

en se plaçant au point de vue romain, que les titulaires durent être d'autant plus jaloux de cette prérogative, qu'ils pouvaient espérer par ce moyen ménager aux leurs la facile consolation de leur mort, l'argent ayant toujours été, en quelque circonstance qu'on l'ait fait miroiter, le plus sûr remède contre les larmes. Il n'est, certes, ni interdit, ni impossible de le penser, quand on voit Pomponius, dans un texte resté célèbre (6), nous ouvrir un aperçu de ce genre, à propos de la dot profectice, et légitimer en ces termes, non sans une certaine brutalité de sentiments, l'obligation de la restituer au père, après le décès de sa fille : « *Jure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret.* » Or, il est fort remarquable de retrouver en notre matière, pour qualifier le prix du droit de présentation, l'emploi du même mot *solatium* (7), dont nous venons de voir se servir le jurisconsulte, et qui nous a paru autoriser notre conjecture.

Cette observation n'avait pas échappé à Loyseau, qui nous dit, dans sa langue toujours si naïve et si franche, qu'on appelait *solatium* les deniers baillés pour obtenir le suffrage des héritiers, « parce qu'ils leur étoient attribuez pour la consolation des uns et des autres, de la facherie de la mort du deffunt. » (8)

Puis cette première concession toute gratuite fut suivie d'une seconde : les officiers finirent par être autorisés à disposer eux-mêmes de leurs milices. Nous imaginons que cette nouvelle faveur de les transmettre par actes à titre onéreux ou gratuit, fut probablement accordée, le plus souvent, comme nous avons déjà eu l'occasion de le faire observer à plusieurs reprises, soit en guise de récompense de longs et méritoires services, décernée à ceux qui quittaient leurs milices pour aller remplir de plus hautes fonctions, soit à titre de dédommagement octroyé aux fonction-

(6) L. 6 pr., *De jure dot.*, D., XXIII, 3.

(7) Voy. notamment Novell. LIII, cap. V § 1, à la suite du passage cité note 5, *supra*.

(8) *Op. cit.*, Liv. II, chap. VIII, n° 36.

naires qui, malgré leur dévouement, se trouvaient dans l'obligation de les abandonner par suite de quelque cas fortuit, et, par exemple, pour cause de faiblesse, de santé ou de vieillesse. Ce qui légitime cette nouvelle conjecture, c'est que, dans deux textes déjà cités (9), Justinien, en frappant de réduction les milices vénales des *adjutores quæstoris*, avait commencé par excepter de cette mesure ceux qui se trouvaient précisément dans l'un de ces cas.

Une question importante se pose ici : c'est celle de savoir à quelle époque, approximativement, bien entendu, les milices devinrent héréditaires, et d'héréditaires, vénales ?

Les textes auxquels nous venons de renvoyer, tendraient à faire croire que ces réformes dans le caractère et la nature des *militiæ*, se réalisèrent du temps des derniers empereurs.

Telle fut l'opinion de Loyseau (10). Mais elle est évidemment entachée d'exagération. Que le Bas-Empire ait donné l'impulsion la plus vive à cette institution, qu'il l'ait développée et entourée de privilèges, cela n'est pas douteux : l'histoire est là pour nous l'attester (11). Est-ce à dire pour cela qu'il faille descendre jusqu'à la décadence pour rencontrer l'hérédité ? Nous affirmons que non. Car, s'il est exact que l'hérédité fut concédée avant la vénalité et qu'elle la précéda, elle remonte à une époque bien antérieure, et se découvre déjà dans le droit classique, puisque les textes du Digeste, relatifs aux milices, textes que l'on n'a jamais, que nous sachions, accusés d'interpolation, se réfèrent tous à la vénalité. Et alors même qu'il serait admis et prouvé que la vénalité des milices doit être considérée comme ayant été introduite avant l'hérédité, ou en même temps qu'elle, il conviendrait encore de remarquer que, parmi ces fragments du Digeste, il en est un, appartenant à Celsus (12), qui démontre d'une façon péremptoire

(9) Constt. 13 § 1 et 15, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19.
(10) *Op. cit.*, liv. II, chap. VIII, n° 31.
(11) Voy. *supra*, chap. I, le début du § 4.
(12) Loi 22, *De legat.* II, D., XXXI.

l'existence de l'hérédité des *militiæ* dès le temps des jurisconsultes. Cette loi suppose, en effet, qu'un testateur avait légué *militiam suam, sive pecuniam* [*ejus*], *quæcumque redigi ex venditione ejus potuerit.* Or, dire, en présence d'un legs portant sur tout le prix à provenir de la vente de la milice du défunt, que ce prix pourrait être réclamé par le légataire contre l'héritier, c'est évidemment laisser entrevoir d'une façon bien claire que l'héritier grevé de la charge pouvait vendre la milice, qu'il trouvait dans le patrimoine de son auteur. Du reste, tous les textes des Pandectes que nous possédons sur cette matière, conduisent à une solution identique (13), et concourent à nous démontrer que, dès l'âge classique, l'hérédité et la vénalité avaient pénétré dans certaines milices.

Reste maintenant à se demander jusqu'à quel point le double bénéfice dont nous nous occupons, a pénétré dans les *militiæ* dites *venales :* en un mot, étant connue son origine, quelle en fut la mesure ?

En général, on entend par vénalité, la faculté de disposer de sa chose de son vivant, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit ; et, sous le nom d'hérédité, on comprend la faculté de la transmettre à sa mort, testamentairement ou *ab intestat*, à certaines personnes de son choix ou déterminées par la loi. Mais, d'après tout ce qui précède, on a déjà pu pressentir que ce n'est pas avec l'ampleur habituelle de ces termes, et avec leur généralité naturelle, qu'ils doivent être ici entendus. Il ne faudrait pas croire que l'introduction de la double prérogative dont nous parlons ait transformé à ce point la nature première des milices, qu'elle ait eu pour conséquence immédiate de constituer sur elles une propriété absolue et libre d'entraves entre les mains de leurs titulaires, de telle sorte que ceux-ci aient acquis, à leur égard, une liberté de disposition analogue à celle que le droit commun confère à un propriétaire, relativement à son bien mobilier ou immobilier. Sans

(13) Voy. chap. I, § 4 *in initio.*

doute, permettre aux officiers de disposer des *militiæ* dont ils étaient pourvus, c'était bien substituer à un droit purement personnel et intransmissible de sa nature et par son origine, un véritable droit réel et essentiellement transmissible. Mais on doit se garder de penser que le titulaire pouvait se comporter, en ce qui le concernait, avec une latitude d'action qui n'avait d'autre limite que celle de son caprice ou de sa volonté. L'ordre public et l'intérêt général, qui devaient jouer ici un rôle si important, étaient venus assigner de nécessaires restrictions à la liberté absolue de la propriété ordinaire, et fait de la propriété des *militiæ* une sorte de propriété à part, *sui generis*, imparfaite. Aussi bien sa transmission demeura-t-elle toujours placée sous le contrôle de l'autorité supérieure, nous voulons dire de l'Empereur ou des chefs de chaque compagnie. Le titre de la milice étant une délégation du Pouvoir à des fonctions publiques, restait aux mains de la haute administration, dont l'œil devait sans cesse être fixé sur les actes de disposition, afin que ce titre, qui ne pouvait émaner que d'elle, elle ne le conférât qu'à bon escient. Cela nous explique pourquoi le Prince n'avait pas aliéné la milice elle-même, mais n'en avait conféré que la jouissance : et c'est pour cette jouissance seule, que le titulaire, de son vivant, ou son représentant, après sa mort, pouvait désigner un nouveau bénéficiaire, avec lequel il était autorisé à prendre à cette effet des arrangements pécuniaires. De là cette conséquence capitale que le titulaire ou son héritier étaient inhabiles à faire émigrer *recta via*, directement et immédiatement, la milice de leur tête sur celle d'un successeur de leur choix. Investir de son titre un tiers quelconque, ce tiers fût-il considéré, aux yeux de la loi, comme un autre lui-même, lui était chose impossible ; se dépouiller de son titre pour le faire passer de son propre mouvement de sa personne à celle de son successeur, quel qu'il fût, constituait pour lui une impossibilité d'autant plus absolue, que sa volonté se fût brisée contre un obstacle insurmontable, par cette raison fort simple, que de ce titre, il n'était pas maître ; il ne lui appartenait pas. Et c'est un

principe de bon sens et de raison, que celui d'après lequel nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Comme le dit Ulpien : « *Nemo plus juris ad alium tranferre potest, quam ipse haberet* » (14) ; et comme l'ajoute Paul : « *Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit.* » (15)

Comment alors réaliser le résultat final désiré et cherché de l'investiture ? Il fallait s'adresser au Pouvoir, qui devait agréer le candidat présenté. Jusque-là, celui-ci n'avait fait qu'un semblant d'acquisition : son droit était précaire et conditionnel. Il fallait qu'il obtînt la confirmation de l'autorité compétente, toujours considérée comme déléguée de l'Empereur, ce dispensateur souverain de toutes les dignités, duquel émanent toutes les fonctions publiques, comme partent tous les rayons du soleil, selon la comparaison de Cassiodore : « *A quo, ut a sole radii, omnes exeunt dignitates.* » (16)

Ce qui vient d'être dit, touchant l'investiture, exerce une influence énorme sur la situation respective des parties, après qu'elle a été conférée. Puisque le titre de la milice n'appartient pas à son possesseur, il en résulte cette seconde conséquence, aussi notable que la première, que, une fois le nouveau titulaire agréé et pourvu, il ne pouvait en être privé, dépossédé ou dépouillé par le prédécesseur ou ses représentants, au moyen de l'une des causes connues de résolution ou de révocation, admises à l'égard de la transmission de la propriété ordinaire. Car, de même que le Prince s'était réservé le droit d'investir, de même il s'était réservé celui de dépouillerl 'acquéreur de la milice.

Ainsi donc, en résumé, le titulaire d'une *militia venalis* n'avait qu'une propriété imparfaite et toute spéciale. Les seules conventions pécuniaires ou gratuites qui pouvaient intervenir entre lui ou son représentant et son successeur, ne pouvaient avoir pour unique objet que la présentation de ce dernier. Voilà ce qui était

(14) L. 54, *De divers. reg. jur.*, D., L, 17.
(15) L. 120, *eod.*
(16) *Var.*, VI, 23.

seulement dans le domaine privé de l'officier. Tout le reste rentrait dans le domaine public, et l'investiture, comme la privation du titre, constituaient autant de faits du Prince.

C'est dans de telles limites qu'il convient de renfermer la vénalité et l'hérédité des milices, dont l'étude va faire l'objet des deux paragraphes suivants (17).

§ 2. — *Vénalité des milices. Du droit de disposition par leurs titulaires à titre onéreux ou gratuit.* — SECTION 1 : *Transmission à titre onéreux.* ART. 1 : *de la vente des milices ;* ART. 2 : *des droits des créanciers sur les* militiæ venales *de leurs débiteurs.* — SECTION 2 : *Transmission à titre gratuit.* ART. 1 : *des donations de milices entre-vifs et à cause de mort;* ART. 2 : *des legs et fidéicommis de milices.*

Nous devons, dans ce paragraphe, examiner le droit de disposition des titulaires sur les milices, à un double point de vue. Nombre de *militiæ* ayant été reconnues vénales, ou, d'une manière plus large, le droit de disposer ayant été admis en faveur de leurs titulaires, ceux-ci avaient la liberté d'en faire usage de deux façons tout à fait différentes : soit à titre onéreux, et, dans ce cas, d'une manière directe et immédiate par vente, ou d'une manière indirecte et médiate en donnant naissance à des droits éventuellement appelés à s'exercer sur le prix de la charge, soit à titre gratuit, et, dans cette dernière hypothèse, entre-vifs ou à cause de mort. Passons successivement en revue ces deux modes génériques de dispositions, dont le premier devait, sans contredit, être le plus usité et le plus fréquent.

---

(17) C'est par pur esprit de logique et de méthode rationnelle, que nous faisons précéder l'étude de l'hérédité par celle de la vénalité, et non du tout pour repousser le système de ceux qui regardent le premier des deux bénéfices, dont nous allons nous occuper, comme ayant une date chronologique postérieure à l'apparition de l'autre. Nous répéterons du reste ici ce que nous avons déjà écrit, note 4, *supra*, savoir que nos deux prérogatives durent se suivre de très-près dans l'ordre des concessions qui en furent faites.

SECTION I. — *Transmission à titre onéreux.*

Cette section se scindera naturellement en deux articles : le premier, consacré à l'aliénation volontaire des milices par vente ; le second, relatif à l'exercice par les créanciers de leurs droits sur la *militia venalis* de leur débiteur. Occupons-nous tour à tour de ce double sujet d'étude.

ARTICLE Ier. — *De la vente des milices.*

Quelle que soit sur cette matière la pénurie des documents, on peut, à l'aide des principes généraux, suppléer à l'insuffisance, et quelquefois même au silence absolu du Digeste, du Code et des Novelles. Justinien nous dit bien quelque part qu'il existe certaines milices qui peuvent être vendues sous certaines conditions. *Certæ consistunt militiæ quæcumque vendi possunt.... sub certa definitione* (1). Mais cette formule est bien vague et ne suffit pas à tirer son lecteur d'embarras. Cependant, malgré le peu de jour qu'elle était destinée à répandre, l'empereur byzantin s'en contenta ; et, sans pousser plus avant ses investigations, il ne nous a donné nulle part la théorie complète des conditions spéciales de la transmission à titre onéreux des *militiæ venales*. Nous en sommes, dès lors, réduit à recourir aux règles générales de la vente, pour en faire une application distributive, capable de concilier les exigences particulières de la nature spéciale de ces charges avec l'intérêt de leurs possesseurs.

La convention à titre onéreux par laquelle le titulaire d'une *militia* s'engageait envers un tiers à lui transmettre sa milice et à lui faire conférer son titre, revêtait tous les caractères d'une véritable vente. Ce mode, le plus en l'honneur de la transmission à titre onéreux de la propriété ordinaire, et que l'on a nommé avec autant de raison que de justesse, *le grand moteur économique*, paraît être le seul qui ait été appliqué aux milices. Cela nous semble résulter de ce que les textes n'emploient jamais que

(1) Novell. LIII, cap. V pr., *coll. cum* Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14. — Sur le sens précis du mot *definitio*, voy. *infra*, § 3, note 5.

des expressions se référant à la vente, telles que *vendere, venumdare, emere, comparare militiam* (2). Que, maintenant, les *militiæ* aient été susceptibles d'être tranférées par cette voie, la raison théorique en réside dans cette idée, qu'il était possible de faire entrer les milices dites vénales dans le patrimoine de l'acheteur. Et telle est bien la condition absolue que doit remplir la *res* ou *merx* que l'on veut aliéner par *emptio venditio* (3).

Puisque nous nous trouvons en présence d'une vente, il en résulte qu'on y observait, en principe, les règles ordinaires et habituelles de ce contrat. Par suite, trois points doivent être ici envisagés dans les seules particularités que présentait cette variété spéciale de la vente. Ils se réfèrent : l'un, aux éléments essentiels au contrat ; l'autre, aux obligations réciproques des parties ; le dernier enfin, aux pactes accessoires au contrat de vente et aux causes de résolution et de rescision de la cession.

I. *Des éléments essentiels au contrat de vente.*

Les trois éléments essentiels à toute convention de cette nature, savoir : le consentement des parties (*consensus*), un objet (*res*), une somme d'argent déterminée (*pretium*), devaient se rencontrer également dans la cession à titre onéreux de toute *militia venalis*.

1° *Consensus.* — Quant au consentement, il devait être exempt de tout vice capable de l'altérer. Il est seulement à observer que les conditions mêmes dans lesquelles se faisait cette vente particulière rendaient évidemment ces vices du consentement, et notamment l'erreur, beaucoup plus rares et beaucoup plus difficiles à concevoir que dans toutes autres ventes d'un objet ordinaire.

2° *Res.* — En ce qui concerne l'objet, ce n'était pas la milice même qui formait la matière du contrat, mais bien la démission du titulaire, ou, ce qui est tout un, la présentation du cessionnaire par le cédant qui s'engageait à faire vaquer sa milice en se dé-

(2) Voy. les renvois de la note 5 du § 4 du chap. I, p. 385.
(3) L. 34 § 1, fr. Paul., *De contrah. empt.*, D., XVIII, 1.

mettant, dans le cas où l'autorité agréerait le candidat. Tirons de là cette conséquence importante, que cette vente était forcément affectée d'une condition suspensive, et qu'elle n'était réellement *perfecta* que du jour seulement de l'admission du postulant par le Pouvoir (4). Jusque-là, il n'y avait eu que projet, exécuté sans doute dans la mesure où le titulaire en exercice pouvait lui donner exécution ; mais il n'y avait encore ni *emptio* ni *venditio*, et, par conséquent, pas de vacance de l'office. A peine est-il besoin d'ajouter que la convention spéciale relative à la présentation pouvait être, de son côté, pure et simple, à terme, ou conditionnelle. En un mot, la vente d'une *militia* constituait une opération complexe, dont chacune des deux parties était indépendante de de l'autre : la première, consistant dans une promesse de présentation, restait libre pour les contractants qui la faisaient et la recevaient, au gré de leurs volontés respectives ; la seconde, consistant dans une promesse de démission, était nécessairement subordonnée à une condition suspensive, qu'il n'était plus en la puissance des parties de supprimer et d'écarter. Il suit de là que le titulaire avait satisfait à toutes ses obligations, quand il avait présenté le successeur de son choix : à supposer, bien entendu, qu'il ait agi avec une entière bonne foi, et que ce ne soit ni par son fait, ni par sa faute, que sa demande n'ait point été accueillie. A ce compte seul, il était dégagé envers le bénéficiaire de la promesse : sinon, il est clair qu'il aurait manqué à la foi du contrat.

3° *Pretium.* — Enfin, relativement au prix, nous rencontrons encore une particularité assez notable. C'est qu'il ne pouvait pas être librement déterminé par les parties. Des édits impériaux ou des règlements particuliers des compagnies avaient, selon les milices, fixé un taux maximum qu'elles ne *devaient* et ne *pouvaient* pas dépasser, mais qu'elles atteignirent probablement toujours. Nous rencontrons une mesure de ce genre sous

(4) Il faut évidemment étendre au cas de condition tacite, ce que les lois romaines disent des conditions expresses. (Voy. L. 7 pr., fr. Ulp., *De contrah. empt.*, D., XVIII, 1, et L. 8 pr., fr. Paul., *De peric. et commod. rei vend.*, *eod.*, 6.)

Anastase (5). Elle est relative aux milices des *scriniarii :* supposant la mort d'un *scriniarius* en exercice (*statutus*), cet empereur décide que le surnuméraire (*substitutus*) qui lui sera subrogé (*subrogatus*), en ce sens que la place laissée vacante lui permettra d'entrer au nombre des *statuti*, parmi lesquels, d'ailleurs, il figurera au dernier rang, devra payer à titre de *solatium* à qui de droit, c'est-à-dire soit aux héritiers du défunt, soit à ses successeurs, soit à ses enfants agnats ou cognats, soit enfin à ses créanciers qui lui ont prêté des fonds pour acheter sa charge, la même somme d'argent que celle fixée à titre de *suffragium* au profit du *proximus scrinii* par Théodose le Jeune et Valentinien III, dans une Constitution que nous avons déjà analysée et transcrite (6) : c'était, on se le rappelle, deux cent cinquante solides ou 3.775 francs. On ne peut pas dire d'une façon moins voilée, que les divers intéressés dont la mention précède étaient dans l'impossibilité d'exiger davantage. De même fit Justinien, qui employa un procédé analogue à l'égard des *adjutores quæstoris* : en leur accordant le droit de vendre leur milice, il leur enjoignit de ne pas réclamer un prix supérieur à cent solides (7), soit 1.510 francs (8). — Quant aux déterminations et fixations de prix par les compagnies elles-mêmes, appelées techniquement du terme de *scholæ placitum* (9), nous n'en trouvons pas d'exemple ; mais il est certain qu'elles existaient, puisque Justinien a pris le soin de nous les signaler à côté de celles qui émanaient des empereurs, dans une constitution par laquelle il confère certains droits à des créanciers privilégiés sur les milices (10). L'ensemble de ces

---

(5) Const. 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. Voy. *infra*, p. 534 *in fine*.

(6) Const. 7, *eod.* Voy. chap. II, § 2, pp. 449 et suiv.

(7) Novell. XXXV. « *Habeant... jus vendendi militiam suam, et non ultra centum solidos...* »

(8) Sur la valeur du *solidus* ou *aureus*, voy. chap. I, § 4, note 75.

(9) Voy. sur les expressions *suffragium*, *solatium*, *scholæ placitum*, Loyseau, *op. cit.*, liv. II, chap. VIII, n° 36, et sur la dernière en particulier, Cujas sur la Novelle XXXV *in fine*. (*Opp.*, t. 8, col. 491 *in fine*.) Comp. *infra*, § 3, section I, notes 4 et 8.

(10) « ... *Et post mortem eorum exigere quod pro iisdem militiis pro tenore com-*

faits nous montre, d'une part, que ce n'est pas de nos jours seulement que la nécessité s'est fait sentir de mettre un frein à l'avidité des vendeurs et à l'aveugle présomption des acheteurs, et nous permet, de l'autre, de tirer une conséquence d'une importance capitale, qui nous apparaîtra comme la sanction de ces différentes prescriptions.

Le prix de cession se trouvant déterminé, quant à son maximum, par les lois des empereurs ou par les statuts des compagnies, nous en concluons sans hésiter :

α. Que toute convention qui aurait tendu à éluder ces fixations, telle notamment celle par laquelle le cessionnaire se serait engagé à payer au cédant, en sus du prix de cession, une somme de..... pour sa présentation (11), eût été frappée de nullité, et cela, par suite de ce principe élémentaire, aussi vrai à Rome qu'il l'est encore aujourd'hui, que les conventions particulières ne peuvent déroger aux règles d'ordre public (12) ;

β. Que cette convention ayant été exécutée, il y aurait eu lieu à répétition fondée sur la *turpitudo causæ* de la *solutio*, partant, que le nouveau titulaire, eût-il été nommé, n'en aurait pas moins eu contre l'ancien officier une *condictio ob turpem vel injustam causam*, par suite de la *turpis causa accipientis*, afin de lui réclamer tout ce qu'il aurait versé en sus du *modus legitimus* (13).

---

munis militantium placiti, vel divinæ sanctionis tale præstantis beneficium, dari solet... » (Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14.)

(11) C'est qu'en effet, si on analyse un pareil engagement, on n'a pas de peine à reconnaître que son but évident est de faire fraude à la loi, en gonflant, malgré sa prohibition, le prix de vente.

(12) « *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* », dit Papinien (L. 38, *De pact.*, D., II, 14). *Jus publicum* ne fait pas ici antithèse à *jus privatum*, mais revêt le sens indiqué au texte. — *Junge* : L. 20 pr., fr. Ulp., *De religios.*, *eod.*, XI, 7 ; L. 15 § 1, fr. Papin., *Ad leg. Falcid.*, *eod.*, XXXV, 2 ; L. 16, fr. Papin., *De suis et legit. hered.*, *eod.*, XXXVIII, 16 ; L. 27, fr. Pompon., et L. 45 § 1, fr. Ulp., *De div. reg. jur.*, *eod.*, L, 17 ; Const. 13, *De testam.*, C. Just., VI, 23 ; etc. — Comp. art. 6, C. civ.

(13) L. 1 § 2, fr. Paul., *De condict. ob turp. vel injust. caus.*, D., XII, 5. Comp. chap. I, § 2, note 72. Nous ne pensons pas qu'il faille refuser ici la répétition, sous le prétexte qu'il y aurait *turpis causa ab utraque parte* (L. 3, fr. Paul., *eod.*) ; car, sinon, qui ne voit qu'on aboutirait, en définitive, au résultat cherché par les parties, en dépit de la loi ?

II. *Des obligations réciproques des parties.*

Dans la vente d'une milice, comme dans une vente ordinaire, des obligations synallagmatiques incombaient aux deux parties, qui se réglaient d'après le droit commun : au cédant, la double obligation de délivrance et de garantie ; au cessionnaire, l'obligation principale du paiement du prix légalement convenu. Occupons-nous brièvement de ce double point, en n'insistant, comme toujours, que sur les particularités, et en laissant de côté tout ce qui ne constitue pas des dérogations au droit commun.

1°. *Obligations du cédant.*

a. De la délivrance. — La délivrance, qui doit mettre l'acheteur à même de jouir librement de la chose vendue, consistait vraisemblablement, de la part du cédant, à mettre le cessionnaire en situation d'être nommé, ce qui devait s'exécuter par la présentation du futur titulaire pour lui faire obtenir sa nomination (14), et, dans le cas où il était agréé, par la démission donnée en sa faveur, pour faire vaquer la milice à son profit. La résignation était suivie de l'expédition des lettres de provision. Conformément au droit commun, cette première obligation devait être remplie à l'époque convenue, ordinairement au moment même de la convention de cession.

On peut se poser ici la question de savoir ce qu'il aurait fallu décider si le titulaire avait successivement vendu à deux candidats la même milice. Il n'y aurait eu qu'à appliquer à ce cas spécial les principes généraux de la vente (15), d'autant plus que la nature particulière de la *res vendita* commandait cette solution. En conséquence, la milice aurait appartenu, non pas au premier cessionnaire dans l'ordre des dates, mais bien à celui des deux qui, le premier, aurait été mis en possession par la délivrance suivie de

(14) «... *Alios pro se, quos elegerint, subrogandos... petere...* » (Const. 13 § 1, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. Cf. Const. 15, *eod.*)

(15) Const. 15, *De rei vindic.*, C. Just., III, 32.

nomination. C'est qu'en effet, la nomination à la milice, en lui conférant un *jus in militia*, l'avait rendu préférable à son concurrent qui, jusqu'alors, avait un droit rival, parallèle et égal au sien, un simple *jus ad militiam*.

b. De la garantie. — La garantie contre toute éviction se conçoit mal dans la vente des milices, par suite de l'ingérence, de l'intervention et de l'indépendance de l'autorité dans la nomination et la révocation des titulaires. Elle dut en outre être beaucoup plus difficile à supposer à l'époque où la cession se faisait par l'entremise du chef de chaque compagnie (16). Est-ce à dire, toutefois, qu'il soit impossible de l'imaginer? Non; seulement elle sera fort rare. Nous n'en avons, quant à nous, trouvé qu'un seul cas, celui où le cédant aurait disposé de sa milice, ignorant ou sachant l'incapacité de vendre dont il se trouvait frappé, par suite d'une destitution prononcée contre lui; dans cette hypothèse, il est manifeste que l'acquéreur aurait pu se retourner contre le vendeur, par les voies et moyens de droit qui sont mis, *jure communi*, à sa disposition.

Arrivons, cela dit, aux obligations du cessionnaire, qui nous retiendront un peu plus longtemps.

2°. *Obligations du cessionnaire.*

a. — La principale obligation du cessionnaire consiste à payer son prix au terme indiqué.

Le paiement du prix convenu entre les parties, dans les limites qui leur avaient été fixées, devait, comme dans toute vente, être fait par l'acquéreur de la milice au terme qu'elles avaient pu librement déterminer. S'il venait à manquer à cette obligation, le cédant pouvait-il le rappeler et au besoin le contraindre à son exécution ? Il n'en faut pas douter. Mais alors, quels moyens étaient mis entre ses mains, pour parvenir à son but? Il faut ici user d'une distinction.

---

(16) Voy. chap. II, § 2, pp. 442 et suiv.

Supposons d'abord que. la vente étant pure et simple, la délivrance n'ait point encore été faite, c'est-à-dire que les *res* soient encore *integræ*, en ce sens que, ni la présentation du successeur n'ait eu lieu, ni que la démission n'ait été donnée par le titulaire en exercice. En pareille occurrence, il nous paraît hors de conteste que, selon le droit commun (17), le cédant aurait pu se prévaloir du droit de rétention, *jure quasi pignoris*, et se refuser à l'accomplissement de ses obligations personnelles, jusqu'à ce que le cessionnaire ait consenti à exécuter son obligation corrélative.

Que si, au contraire, la délivrance avait été effectuée, deux points sont certains : le premier, c'est qu'il n'y avait naturellement plus lieu à l'exercice du droit de rétention, devenu désormais impossible ; le second, c'est que le cédant était muni de l'action *venditi*. Mais doit-on aller plus loin, et lui accorder, comme dans notre ancienne jurisprudence, et comme sous notre Code civil (art. 2102, 4°), un privilège sur la milice ?

La question fut très-vivement débattue dans notre ancien droit. Se fondant sur une loi de Marcien (18), étrangère d'ailleurs aux milices, et sur trois Novelles de Justinien (19), relatives sinon à notre sujet, du moins aux *militiæ*, Loyseau (20) affirmait que le titulaire cédant avait privilège pour le paiement de son prix.

Le président Faber (21) avait, au contraire, victorieusement établi que le privilège du vendeur avait été inconnu à Rome. C'est évidemment cette seconde opinion qui doit être adoptée. Il ne fait plus de doute, aujourd'hui, que le vendeur, en droit romain, même le vendeur de milice, n'avait pas de plein droit, comme garantie de son paiement, une hypothèque privilégiée sur la chose vendue.

De deux choses l'une, en effet :

---

(17) L. 13 § 8, fr. Ulp., *De action. empt., et vend.*, D., XIX, 1. *Junge :* L. 22, fr. Scæv., *De hered. vel act. vend.*, *eod.*, XVIII, 4 ; L. 31 § 8, fr. Ulp., *De ædil. edict.*, *eod.*, XXI, 1.

(18) L. 34, *De reb. auctor. jud. possid.*, D., XLII, 5.

(19) Novell. LIII, cap. V ; XCVII, cap. IV, et CXXXVI, cap. II.

(20) *Op. cit.*, liv. III, chap. VIII, n° 15. Comp. n° 16.

(21) Liv. III, tit. VII, *Defin.* 6, note 2.

Ou bien la vente était pure et simple, et alors le vendeur, lors bien qu'il eût livré la chose, avait un droit beaucoup plus fort qu'une hypothèque privilégiée ; jusqu'à ce qu'il ait reçu soit le prix réel et intégral, soit une garantie considérée comme équipollente qui lui en assurât le paiement, il conservait la propriété, et pouvait ainsi revendiquer la chose, dans le cas où l'acheteur ne s'exécutait pas (22), en sorte que, comme on le voit, il n'avait besoin ni de privilège ni d'hypothèque ;

Ou bien le vendeur n'avait envisagé que le crédit (*fides*) de l'acheteur, en lui concédant, par exemple, un terme fixe ou indéterminé pour le paiement du prix (23). Dans ce cas, le contrat était entièrement consommé, en ce sens qu'il ne lui restait plus que l'action personnelle qui en était née (24). Il n'avait qu'à s'en prendre à lui-même, d'avoir trop légèrement abdiqué son droit de propriété, et renoncé à la garantie de la revendication, ou de n'avoir pas expressément stipulé une sûreté quelconque, réelle ou personnelle, telle qu'un gage, ou que l'accession d'un fidéjusseur, de ne s'être pas fait conférer une hypothèque sur le bien vendu (25), en livrant à l'acheteur avant paiement et en suivant sa foi.

Quant aux arguments invoqués par Loyseau, dont la doctrine n'a trouvé de nos jours, à notre connaissance, qu'un seul adepte (26), ils sont des plus faciles à écarter.

En ce qui concerne d'abord le texte de Marcien, sur lequel il s'appuie, le président Faber et Bartole, sur cette loi, ont fort exactement démontré la fausse interprétation dont elle a été l'objet de la part des glossateurs. Si on devait l'entendre en ce sens que le vendeur non payé a privilège sur la chose vendue, le jurisconsulte

---

(22) L. 5 § 18, fr. Ulp., *De tribut. act.*, D., XIV, 4. *Junge:* LL. 19, fr. Pompon., et 53, fr. Gaius, *De contrah. empt., eod.*, XVIII, 1 ; L. 38 § 2, fr. Paul., *De liber. caus., eod.*, XL, 12.

(23) Const. 3, *De pact. int. empt. et vendit. compos.*, C. Just., IV, 54.

(24) Les Institutes sont on ne peut plus formelles sur tous ces points. (§ 41, *De divis. rer.*, II, 1.)

(25) L'action hypothécaire que se serait réservée le vendeur, aurait équivalu à peu près à l'action en revendication. (L. 1 § 4, fr. Ulp., *De reb. eor.*, D., XXVII, 9.)

(26) M. Grenier, *Traité des hypothèques*, t. 2, n° 383.

contredirait tous les principes qui nous sont parvenus sur les droits appartenant au vendeur dans cette situation. Rappelons au surplus que le fragment de Marcien n'a pas trait à notre matière, et qu'il se borne à accorder un droit de préférence (*privilegium*) à celui qui a prêté des fonds pour la construction, l'achat, l'armature ou l'équipement d'un navire (27). — Quant aux trois Novelles qu'invoque l'illustre bailli de Châteaudun, elles ne tirent pas davantage à conséquence, par cette raison péremptoire qu'il suffit de les lire, pour constater que, comme la Constitution 27 de Justinien, au titre *De pignoribus et hypothecis* (C., VIII, 14), elles se réfèrent à l'hypothèque privilégiée du bailleur des fonds avec lesquels la milice a été payée.

b. — A côté de l'obligation principale dont nous venons de parler, l'acheteur, d'après le droit commun, pouvait être tenu de plusieurs obligations accessoires, dérivant toutes de l'équité et de la bonne foi : notamment, à partir de la tradition, le prix non payé devenait productif d'intérêts, indépendamment de toute mise en demeure, et sans qu'il y ait à distinguer, comme cependant on l'a fait parfois, en se fondant sur un texte d'Ulpien (28), suivant que la chose vendue était ou non frugifère (29). Ce principe devait évidemment recevoir application en notre matière, si l'on songe surtout que la *res vendita* procurait des fruits, représentés ici par les émoluments de la charge, et dont les intérêts ne constituaient qu'une juste compensation.

---

(27) Cf. L. 26, fr. Paul., *De reb. auct. jud.*, D., XLII, 5.

(28) L. 13 § 20, *De act. empt. et vend.*, D., XIX, 1. Ce texte est moins que probant. Il décide, en effet, qu'à partir de la tradition, les intérêts du prix sont dus, en se fondant sur ce motif, qu'il est très-équitable que l'acheteur qui jouit de la chose, en soit tenu. Assurément, on ne peut s'autoriser, en bonne raison, de l'emploi du mot *frui* pour soutenir que le jurisconsulte a eu en vue une chose frugifère. Il est beaucoup plus simple d'interpréter le texte en disant que les intérêts sont un corollaire de la jouissance procurée à l'acheteur à la suite de la tradition, de quelque façon que cette jouissance se réalise, soit par la perception de fruits, soit de toute autre manière. (*Sic* M. Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 459 *in fine*, texte et note 3.) Cette interprétation nous semble d'ailleurs commandée par les deux textes cités à la note suivante.

(29) *Fragment. Vatic.*, § 2; Paul., *Sentent.*, II, 17, § 9.

III. *Des pactes accessoires au contrat de vente, et des causes de résolution. De la rescision de la cession pour cause de lésion.*

Après avoir ainsi passé en revue les diverses obligations réciproques des parties dans les ventes de milices, il nous faut, pour compléter la théorie de leur transmission volontaire à titre onéreux, rechercher la solution des deux questions suivantes : quelle était, tout d'abord, la valeur des clauses spéciales que les parties pouvaient insérer dans le contrat ? En second lieu, le cédant pouvait-il intenter l'action en rescision pour cause de lésion ? Le mutisme à peu près complet des textes sur ce double point nous forcera de recourir à nouveau aux principes du droit commun, dont nous ne nous emparerons toutefois qu'avec une extrême discrétion, et qui nous serviront bien moins de règles générales à appliquer, que de moyens de comparaison avec la nature particulière des *militiæ*. En un mot, c'est un alliage et une combinaison qu'il s'agit de faire ici, et non une application absolue et sans restriction. Pour procéder avec quelque méthode, nous envisagerons d'abord les pactes accessoires au contrat de vente, et ses causes ordinaires de résolution, pour, de là, passer à la rescision de la cession pour cause de lésion. Nous aurons toujours le soin de rappeler d'abord les principes du droit commun, que nous rapprocherons ensuite de la nature propre des milices vénales, afin de savoir s'ils doivent encore faire loi dans cette matière et la régir.

1°. *Des pactes accessoires au contrat de vente et des causes de résolution.*

Les parties pouvaient, à Rome, modifier un contrat de vente ordinaire par certaines clauses dont nous devons rechercher l'admissibilité dans la cession à titre onéreux des milices. Or, deux pactes habituellement résolutoires, car tous deux pouvaient faire fonction de conditions suspensives, si telle était la volonté des parties (30), semblent avoir particulièrement fixé l'attention des

(30) Mais cette volonté avait toujours besoin d'être prouvée. (L. 2 pr., fr. Ulp., *De in*

jurisconsultes. Ils étaient appelés *in diem addictio* et *lex commissoria* (31). Il y faudra joindre deux autres pactes tendant au même résultat, et qui sont connus dans la langue des interprètes sous les noms de *pactum de retro vendendo* (32) ou pacte de réméré, et de *pactum displicentiæ*.

a. — Par *in diem addictio*, on entendait un pacte par lequel les parties convenaient que la vente, sur l'objet et le prix de laquelle elles étaient d'accord, ne se parferait point, ou se résoudrait, si, dans un délai déterminé (33), le vendeur trouvait un second acheteur qui consentît à traiter avec lui à des conditions plus avantageuses (34), par exemple, en lui offrant un prix supérieur, un paiement fait à un terme moins éloigné, ou dans un lieu plus opportun, des garanties accessoires plus nombreuses ou plus solides, voire même une réduction de prix accompagnée d'une réduction plus considérable encore des charges qui lui étaient imposées, etc. (35).

b. — En ce qui touche la *lex commissoria*, c'était une clause par laquelle le vendeur se réservait ordinairement le droit de résoudre la vente, pour le cas où le prix ne lui serait pas payé dans un délai déterminé, ou, exceptionnellement, la faculté de ne point parfaire l'opération, à défaut de paiement à telle date préalablement fixée (36).

Ainsi qu'on le voit, l'*in diem addictio*, comme la *lex commissoria*, avaient pour fonction habituelle d'imprimer à la vente le

---

diem addict., D., XVIII, 2; L. 1, fr. Ulp., *De leg. commiss., eod.*, 3; L. 2 §§ 3 et 4, fr. Paul., *Pro empt., eod.*, XLI, 4.)

(31) Sur la *lex commissoria*, voy. M. A. Lods, *De la vente à réméré précédée d'une étude sur la lex commissoria*, pp. 3 et suiv.

(32) Voy. M. A. Lods, *op. cit.*, pp. 62 et suiv.

(33) Ulpien (L. 41 pr., *De rei vindic.*, D., VI, 1) nous offre une hypothèse relative à une convention de ce genre faite sans fixation d'aucun délai. Ce n'était plus alors, à proprement parler, une *addictio in diem*, puisqu'il n'y avait pas de *dies*. La suite du texte auquel nous renvoyons, le prouve très-clairement par sa rédaction, qui fait éclater une antithèse complète entre la première phrase et la seconde.

(34) Comp. Pothier, *Traité du contrat de vente*, v^e partie, ch. II, sect. IV, n° 445; éd. Bugnet, t. 3, p. 181.

(35) L. 4 § 6, fr. Ulp., et L. 5, fr. Pompon., *De in diem addict.*, D., XVIII, 2.

(36) L. 1, fr. Ulp., *De leg. commiss.*, D., XVIII, 3.

caractère d'un contrat fait sous condition résolutoire, et comme fonction exceptionnelle, d'affecter le contrat d'une condition suspensive (37).

c. — En ce qui concerne le *pactum de retro vendendo*, origine de notre réméré, il autorisait le vendeur ou ses héritiers à résoudre le contrat et à se faire restituer sa chose à une époque certaine ou indéterminée, sous l'unique charge de rendre lui-même le prix qu'il aurait reçu (38).

d. — Enfin, le *pactum displicentiæ* conférait à l'acheteur le droit d'invoquer la résolution pour le cas où, dans un délai déterminé ou non, la chose vendue cessait de lui convenir (39).

De la nature de ces différentes clauses, il convient à présent de rapprocher celle des *militiæ venales*, afin de voir si elles peuvent se concilier, et dans quelle mesure l'harmonie peut exister entre elles.

Un principe capital domine toute cette matière : c'est qu'une fois aliénée et transmise, la charge ne pouvait plus faire retour au cédant. Nous avons insisté sur cette idée, dont nous allons nous trouver à même de constater l'importance et l'utilité théorique et pratique, que les milices n'avaient pas, dans le patrimoine du titulaire, le même caractère que tout autre bien. Elles n'y constituaient qu'une propriété *sui generis*, dont l'officier n'avait pu disposer qu'avec l'assentiment et le concours du Pouvoir, et il en disposait irrévocablement par la transmission, qui ne s'effectuait jamais qu'au moyen de la délivrance des lettres de provision. Son droit unique, celui de présentation, le seul qui fût cessible et dont il pût trafiquer moyennant finance, était épuisé lorsqu'il avait demandé et obtenu l'agrément de son successeur ; car toute milice vénale se composait de deux éléments parfaitement distincts : l'exercice et le titre. Or, le droit de conférer le titre

(37) Voy. l'observation présentée note 30, *supra*.

(38) Const. 2, *De pact. inter empt. et vendit. compos.*, C. Just., IV, 54.

(39) L. 3, fr. Ulp., *De contrah. empt.*, D., XVIII, 1 ; L. 2 § 5, fr. Paul., *Pro empt.*, *eod.*, XLI, 4.

appartenait à l'autorité seule, si bien que c'était, non pas du cédant, mais du collateur (*non a resignante, sed a collatore*), que le cessionnaire le tenait. Il ne pouvait donc pas plus dépendre de la volonté de son prédécesseur de l'en dépouiller, qu'il n'avait dépendu de lui de l'en investir. Quelle conclusion générale tirer de ces principes? C'est qu'on devait rejeter toute clause affectant la cession d'une milice d'une condition résolutoire. Le droit, en effet, lui faisait produire un résultat absolument incompatible avec la nature exceptionnelle des milices, puisque sa réalisation aboutissait à remettre les choses au même et semblable état que si jamais le contrat ne se fût formé. *Res fit* ou *est inempta*, comme l'expriment énergiquement tous les textes relatifs à ce sujet. Par suite, toute *emptio, venditio militiæ pura quæ sub conditione resoluta fuisset*, pour parler le langage des jurisconsultes, constituait une impossibilité absolue, le nouveau titulaire ne pouvant, sans le fait du Prince, cesser d'avoir cette qualité, et le cédant ne pouvant la recouvrer, en vertu de l'effet naturel d'une clause insérée au contrat, dont la réalisation eût écarté l'intervention de l'autorité supérieure.

De là, ces trois conséquences que :

α. D'une part, le *pactum de retro vendendo* et le *pactum displicentiæ* étaient, dans tous les cas, inadmissibles dans la vente des milices;

β. D'autre part, dans les cas où elles revêtaient la forme d'une condition résolutoire, et c'était leur rôle normal, l'*addictio in diem* et la *lex commissoria* devaient être, l'une comme l'autre, exclues de cette opération (40);

---

(40) Nous n'ignorons pas que l'*addictio in diem* n'opère jamais de plein droit, et que quand des offres nouvelles plus avantageuses sont faites au vendeur, celui-ci doit les notifier à l'acheteur, qui jouit d'un droit de préférence, en ce sens que si lui-même consent à les réaliser, il conserve la chose. (L. 6 § 1, fr. Ulp., LL. 7 et 8, fr. Paul., *De in diem addict.*, D., XVIII, 2.) Mais tout cela empêche-t-il la solution par nous donnée d'être exacte? En aucune façon, et pour trois raisons : d'abord l'acheteur peut abdiquer son droit de préférence, en ne souscrivant pas aux nouvelles conditions du contrat. Il jouit donc d'une option. Or, on ne peut pas concevoir qu'une vente d'office étant réalisée, et le titre étant une fois conféré, il dépende du nouveau

γ. Enfin, dans les hypothèses plus rares où elles remplissaient l'office de conditions suspensives, ces deux dernières clauses pouvaient, sans difficulté, être ajoutées au contrat. Ce corollaire, ou, pour mieux dire, cette déduction par *a contrario* de la règle posée, ne nous paraît pas sérieusement contestable, la condition suspensive n'ayant pour effet que de différer jusqu'à son évènement la conclusion et l'exécution de la cession.

Nous en aurions terminé avec les clauses additionnelles aux cessions de milices, si, en dehors de celles que nous venons de rencontrer, et qui formaient le droit commun dans les ventes ordinaires, et constituaient ici l'exception, le jurisconsulte Scævola ne nous en indiquait une toute spéciale à notre matière, et que nous retrouverons en nous occupant des cessions d'offices dans notre droit actuel. Elle avait pour but d'étendre l'objet de la cession, en y comprenant les recouvrements, c'est-à-dire les émoluments gagnés par le titulaire cédant au cours de son exercice, et non encore réclamés et perçus. Le texte que nous visons, et

---

titulaire de s'en laisser dépouiller à son gré, au profit d'un tiers inconnu du Pouvoir. En second lieu, à supposer même que le cessionnaire primitif adhérât aux prétentions ultérieures du cédant, sans doute, il conserverait bien ici la milice, mais non plus en vertu de son contrat primitif qui serait résolu, mais bien en vertu d'une seconde vente. Or, une résolution de titre et une cession nouvelle, dût-elle se réaliser au profit du cessionnaire antérieur, sont choses impossibles en dehors du désinvestissement et de l'investiture du Pouvoir. Enfin, Ulpien (L. 9, *De in diem addict.*, D.) nous apprend qu'une convention expresse pouvait donner à l'acheteur le droit d'invoquer l'accomplissement de la condition, et de résilier le contrat, lors bien que le vendeur ne se prévaudrait pas des offres nouvelles. Or, si les deux parties ne peuvent pas, de leur commun accord, résoudre la cession, *a fortiori* l'une d'elles est-elle incapable d'imposer au Pouvoir cette résolution. — Pareillement, en ce qui touche la *lex commissoria*, nous savons que le vendeur seul peut l'invoquer (LL. 2, fr. Pompon., et 3, fr. Ulp., *De lege commiss.*, D., XVIII, 3) et que, s'il le préfère, il peut exiger le paiement du prix. (L. 4 § 2, fr. Ulp., et L. 7, fr. Hermogen., *eod.*) Par conséquent, pourrait-on être tenté de dire, s'il prend cette seconde alternative, le contrat ne sera pas résolu ; et, dès lors, rien n'empêche l'insertion d'une *lex commissoria* dans une vente de milice. Notre réponse sera toujours la même : la collation du titre exclut toute idée d'option. Elle est ferme et stable, et non pas laissée au bon vouloir et au caprice des parties privées.— Concluons donc que si nos deux clauses ne peuvent figurer comme conditions résolutoires dans aucune cession de milice, cela tient à ce que leur réalisation amènerait des résultats contraires à l'ordre public. Partant de là, nous pensons qu'insérées dans le contrat, elles devaient être tenues pour non avenues, *pro non scriptis*.

que nous avons déjà rapporté et analysé ci-dessus à propos d'une autre question (41), recherche quelle sera l'étendue de la convention, comment elle recevra exécution, et quel moyen sera donné au cessionnaire pour actionner les débiteurs de son cédant. Et il répond ainsi : « *Inter venditorem et emptorem militiæ ita convenit ut salarium quod debeatur ab illa persona* (42) *emptori cederet. Quæsitum est emptor militiæ quam quantitatem a quo exigere* [*debet*], *et quid ex ejusmodi pacto venditor emptori præstare debeat? Respondit venditorem actiones extraordinarias eo nomine, quas haberet, præstare debere.* » (43) Comme on le voit, le texte résout toutes les questions posées par une seule réponse : les parties, vendeur et acheteur d'une milice, étant convenues que les émoluments qui pourraient être dus à l'aliénateur, par exemple par la compagnie ou la corporation dont faisait partie l'office, le vendeur les céderait à l'acheteur, l'ancien titulaire aura satisfait à son obligation, en cédant, au moyen, par exemple, d'une *procuratio in rem suam*, toutes les *actiones extraordinariæ* qui pourraient lui compéter de ce chef. Cette solution est parfaitement juridique : d'une part, en effet, le cessionnaire a besoin d'être investi des actions du cédant ; car, sans transport, il n'aurait aucune voie de recours contre le débiteur de ce dernier, les actions dont nous parlons étant nées dans la personne du vendeur et non dans la sienne propre ; d'où la conclusion que si le cédant se refusait à s'exécuter, l'acheteur aurait contre lui l'action *ex empto ;* d'autre part, ces actions ont un caractère tout particulier ; le jurisconsulte les qualifie avec beaucoup de raison *actiones extraordinariæ*, ce qui signifie qu'elles ne donneront pas lieu à une procédure ordinaire, c'est-à-dire à l'organisation d'un *judicium*, mais bien à une *cognitio extraordinaria*, le magistrat devant lui-même en connaître et prononcer la sentence, ce qui

(41) Voy. chap. II, § 1, pp. 431 *in fine* et suiv.

(42) Le sens de ces mots a été expliqué ci-dessus. (Voy. le renvoi de la note précédente.)

(43) L. 52 § 2, *De act. empt. et vend.*, D., XIX, 1. Voy. Cujas, *Ad h. l.* (*Opp.*, t. 3, col. 600.)

était très-conforme aux principes généraux, puisque toute action ayant pour but la réclamation d'un *salarium* s'intentait *extra ordinem* (44).

2°. *De la rescision de la vente des militiæ pour cause de lésion.*

De l'action en rescision pour cause de lésion, qui, comme nul ne l'ignore, ne fut introduite au profit du majeur lésé de plus de la moitié de la valeur réelle que sous Dioclétien et Maximien (45), nous n'avons qu'un seul mot à dire : c'est qu'évidemment elle n'était point admise en notre matière. Des raisons de divers genres y mettaient obstacle. Sans revenir sur la nature propre des *militiæ,* qui entraînerait déjà par elle-même cette conclusion, nous nous bornerons à rappeler que la valeur vénale des milices se trouvant portée à un certain taux que les parties ne pouvaient dépasser, il est très-probable que ce tarif fut toujours atteint ; et il est, en revanche, plus qu'invraisemblable que la pratique ait révélé des déceptions de la part des vendeurs de cette espèce, dont plusieurs nous sont représentés comme gens rapaces (46), et qui devaient d'ailleurs être toujours trop éveillés sur leurs intérêts, pour les négliger jamais. Que si, maintenant, ce que nous ignorons, il existait des milices vénales non cotées, pour la transmission desquelles, dès lors, une entière liberté aurait été laissée aux parties quant à la fixation du prix de cession, le premier motif indiqué reprenait seul son empire, mais son influence était suffisante, pour ne pas nous permettre de douter de l'exactitude de la solution donnée (47).

(44) L. 7, fr. Papin., *Mand. vel cont.*, D., XVII, 1; L. 1, fr. Ulp., *De extraord. cognit.*, *eod.*, L, 3.

(45) Constt. 2 et 8, *De rescind. vend.*, C. Just., IV, 44.

(46) « *Cessent jam nunc rapaces officialium manus, cessent inquam* », disait Constantin à propos des *officiales*. (Const. 7, *De off. rect. prov.*, C. Th., I, 16.) Comp. chap. I, § 3, note 35, et, pour les *palatini*, le passage d'Ammien Marcellin, cité *eod.*, § 4, note 88.

(47) Du reste, en pareille hypothèse, l'autorité qui devait, comme chez nous, avoir l'œil ouvert sur les prix de cession, aurait pu prendre de ces deux partis l'un : ou bien refuser la collation du titre, si le prix était inférieur à la moitié de la valeur réelle de la milice, ou bien l'accorder, en imposant à l'acquéreur l'obligation de verser au cédant un supplément de prix.

ARTICLE 2. — *Des droits des créanciers sur les militiæ venales de leurs débiteurs.*

A côté de la vente volontaire qui vient d'être étudiée, il convient de parler de l'exercice des droits appartenant aux divers créanciers des titulaires. C'est à l'examen de ce sujet, dont l'importance égale la difficulté, que nous allons consacrer le présent article.

Tout créancier, c'est là le principe, a pour gage général l'ensemble des biens qui composent le patrimoine de son débiteur. Ce droit de gage lui confère trois prérogatives fort différentes :

a. — Si, tout d'abord, le débiteur possède des biens dont la nature ne répugne pas à leur réalisation en argent, les créanciers non payés trouveront un moyen facile d'utiliser leur droit de gage en recourant au procédé suprême de la vente, afin de se désintéresser sur le prix à provenir de cette expropriation forcée ;

b. — Si le débiteur n'a pas de biens saisissables, mais est lui-même titulaire de créances contre des tiers, ses créanciers, se substituant à lui, s'en approprieront en définitive le bénéfice, en exerçant ses propres droits ;

c. — Si enfin le débiteur n'a ni bien capable d'être saisi, ni droit pécuniaire susceptible d'être exercé, ses créanciers, venant à découvrir un ou plusieurs actes faits par lui en fraude de leurs droits, exerceront l'action révocatoire Paulienne dans le but de les faire tomber.

De ces trois manières d'utiliser leur droit de gage général, la première seule doit nous occuper, la seconde n'ayant pas trait à notre sujet, et n'offrant d'ailleurs, en ce qui le concerne, aucune particularité, et la troisième se trouvant ici impraticable par la force même des choses (48).

---

(48) Ajoutons qu'il serait même difficile de concevoir un titulaire cédant sa milice en fraude des droits de ses créanciers. De deux choses l'une, en effet : ou bien il l'aliénera à titre gratuit, et il est peu probable que le Pouvoir, qui connaîtra certainement sa situation précaire ou en sera informé, consente à se rendre son complice en investissant le donataire ; ou bien il la cédera moyennant finance, et il est invraisemblable que l'autorité ne sente pas la fraude, en présence d'un prix dérisoire, ou que, l'apercevant, elle consente à passer outre, sans imposer un supplément de prix au cessionnaire. (Comp. la note précédente.)

Toute la question revient à savoir si, comment et quand les créanciers d'un titulaire de milice vont pouvoir exercer leurs droits, dont nous les supposons disposés à se prévaloir sur la *militia* de leur débiteur. Cette question, toutefois, se trouve dominée par une autre, qui exige une solution préalable.

Toutes les fois qu'un débiteur est absolument solvable, ou complètement insolvable, il n'y a pas lieu de rechercher dans quel rang ses créanciers pourront et devront se faire payer. Mais, si l'on suppose, ce qui sera l'hypothèse ordinaire en cas de saisie, que son insolvabilité n'est que partielle, alors se pose le problème suivant : comment classer entre eux les divers créanciers ? Dans quel ordre faut-il les désintéresser ?

De telle sorte que nous avons à nous demander avant tout, si, parmi les différents créanciers d'un titulaire de milice, il n'en était pas certains que la loi tenait pour particulièrement favorables. Cette première question, dont la solution est affirmative, ainsi qu'il résultera des développements qui vont suivre, en entraîne plusieurs autres subsidiaires, qui lui sont étroitement connexes. Quelle était d'abord la nature du droit de ces créanciers ? Un mot de réponse suffit encore. Ce droit de préférence était soit un droit d'hypothèque privilégiée, soit un droit hypothécaire simple, soit enfin un droit de privilège. Recherchons donc à qui ces prérogatives diverses pouvaient appartenir. Le terrain une fois déblayé sur ce sujet, et connaissant comment étaient en quelque sorte étagés les créanciers, suivant la nature, la qualité et la cause de leur créance, nous pourrons alors aborder de front le point de savoir si le caractère propre des milices n'entraînait pas quelques dérogations aux règles ordinaires touchant l'exercice des droits de ces créanciers.

Quelles étaient, en premier lieu, les hypothèques privilégiées qui pouvaient porter sur les milices ? et en faveur de qui étaient-elles reconnues ?

On comptait, dans le dernier état du droit romain, trois sortes d'hypothèques privilégiées pouvant grever les *militiæ venales*.

C'étaient celle du fisc, celle des bailleurs de fonds, et celle des enfants et de la femme du titulaire défunt.

L'hypothèque du fisc sur la milice ne résulte pas d'un texte spécial à notre matière ; mais du jour où les *militiæ* purent être hypothéquées, nous croyons que cette prérogative dut aussi lui appartenir. Les principes généraux suffisent à entraîner notre conviction à cet égard. Le fisc, en effet, avait une hypothèque tacite (nous dirions aujourd'hui légale) générale sur les biens de ses administrateurs, sur ceux des contribuables, et, dès l'époque du moins de Papinien, sur ceux des personnes qui contractaient avec lui (49). Il avait de plus un privilège, dans tous les cas où il n'avait pas d'hypothèque (50), et il jouissait enfin d'une hypothèque privilégiée pour le recouvrement de l'impôt foncier (51). Voilà certes un créancier trop cher aux empereurs, pour qu'on puisse douter que notre conjecture ne soit pas bien fondée.

Toutefois, avons-nous dit, le fisc ne se vit concéder cette prérogative qu'à l'époque, très-tardive dans le droit, où l'on admit que les *militiæ* pouvaient en être grevées. Il y eut, en effet, au dire de Justinien, qui nous a retracé l'origine historique de l'introduction du droit hypothécaire en ce qui les concerne (52), trois

---

(49) L. 28, fr. Ulp., *De jure fisci*, D., XLIX, 14. Une loi de Scævola (L. 21 § 1, *Qui pot. in pign.*, *eod.*, XX, 4) prouve qu'il en était autrement du temps de ce jurisconsulte, c'est-à-dire dans la seconde moitié du second siècle de notre ère. Ajoutons qu'aucune hypothèque de ce genre ne garantissait le paiement des sommes dues au fisc à titre de peine (L. 17, fr. Modest., *De jure fisci*, D.; Const. unic., *Pœn. fiscal. credit. præf.*, C. Just., X, 7), ce qui restreint un peu la portée générale de la formule qu'on lit dans un texte d'Hermogénien : « *Fiscus semper habet jus pignoris.* » (L. 46 § 3, *De jure fisc.*, D.) — Comp. *infra*, p. 555.

(50) L. 10 pr., fr. Ulp., *De pact.*, D., II, 14.

(51) Const. 1, *Si propter publ. pensit.*, C. Just., IV, 46. Mais c'était le seul cas, pensons-nous, où l'hypothèque du fisc était privilégiée. (L. 8, fr. Ulp., *Qui pot. in pign.*, D., XX, 4 ; Const. 2, *De privil. fisc.*, C. Just., VII, 73. — *Sic* M. Accarias, *op. cit.*, 3e éd., t. 1, p. 712, note 1. Comp. M. Maynz, *op. cit.*, 4e éd., t. 1, § 163, 2°, p. 904.) On a invoqué en sens contraire un texte d'Ulpien (L. 28, *De jure fisci*, D., XLIX, 14) ; mais on lui a donné une ampleur que ses termes ne comportent pas.

(52) Novell. LIII, cap. v, pr. — Voy. sur cette Novelle : Cujas (*opp.*, t. 8, coll. 500 *in fine* et seq.), et Denis Godefroy en ses notes.

étapes successives dans la législation romaine. On commença d'abord par émettre des doutes nombreux sur la possibilité, pour les milices, d'être hypothéquées, doutes qui persistèrent jusqu'à Justinien, et qui, sans contredit, tenaient à la nature toute particulière de cette sorte de biens. Les milices n'étaient alors susceptibles que de quelques engagements fort anciens, tombés en désuétude, paraît-il, au temps de Justinien, et absolument inconnus du nôtre. « *Optimum quoque etiam hoc propter dubitationum quæstionem lege communi determinare. Primum namque fuerunt dubitationes plurimæ, utrum oporteat militias sub hypothecæ deduci vinculis, an etiam his liberas esse : sed hoc quidem jam definitum est lege* (53) : *et certæ consistunt militiæ quæcumque vendi aut obligari possunt. Nos autem ex majoribus causam considerantes, scimus, quia ex antiquis temporibus non erat in militiis hypotheca, sed quædam nomina omnino antiqua et deficientia in talibus efferebantur.* » — Après cette première période, au cours de laquelle les controverses dont parle Justinien avaient abouti au rejet de l'hypothèque sur les milices, par suite de l'idée que, vu leur caractère spécial, elles n'étaient pas aptes à supporter cette charge, en survint une autre où la faveur impériale se fit jour peu à peu, et, ayant égard aux sollicitations et aux requêtes des créanciers, finit par leur accorder le bénéfice d'un droit hypothécaire. Mais ce n'était là qu'une pure faveur, que le Prince, par conséquent, pouvait refuser : « *Paulatim vero imperatores interpellantium creditorum miserati, hæc præbebant* (Anastase va nous en fournir un exemple), *cum utique omnis militia publica existeret, nullum quæstum omnino alium quam ex imperiali munificentia habens* (54). » — Enfin Justinien vint, et réglementa la matière dans le chapitre v de sa Novelle LIII (§ 1), en accordant d'une manière générale une hypothèque

(53) Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14.

(54) Nous nous sommes expliqué ci-dessus sur l'inexactitude de ce dernier membre de phrase. (Voy. chap. II, § 1 *in initio*, pp. 431 et suiv.)

privilégiée aux bailleurs de fonds, ainsi qu'aux femmes et aux enfants des titulaires décédés.

De telle sorte que si, pour le fisc, l'absence totale de documents nous contraint à recourir aux règles ordinaires du droit commun, nous possédons, du moins, des textes formels relativement aux deux autres classes de personnes favorisées que nous venons de rappeler.

En ce qui touche d'abord les tiers prêteurs qui avaient baillé des fonds au titulaire, pour l'acquisition de sa milice, les lois qui se réfèrent à leur hypothèque ne font, suivant nous, qu'appliquer les principes généraux à un cas particulier. *Jure communi,* en effet, le rang d'hypothèque privilégiée était accordé à celui dont les deniers avaient été empruntés pour le paiement du prix d'un immeuble, sous la double condition : 1° de la stipulation expresse, au moment du prêt même, d'une hypothèque spéciale sur l'immeuble à acquérir pour sûreté de la créance, ou d'une hypothèque générale sur les biens de l'emprunteur; 2° de l'emploi des deniers prêtés à l'acquisition de l'immeuble en question. C'est ce qu'avaient décidé deux Constitutions de Dioclétien et de Maximien (55). Cette idée, une fois admise, était un acheminement à la même solution touchant les *militiæ;* aussi bien, lorsque les milices furent devenues vénales, on la généralisa, et on en fit l'extension toute naturelle à l'hypothèque, qu'il devint d'usage de stipuler au profit des bailleurs de fonds, pour l'acquisition de ces charges (56). Une loi d'Anastase déjà citée (57) en fait foi pour une hypothèse spéciale, à propos de laquelle on voit percer cet

(55) Const. 17, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14, et Const. 7, *Qui pot. in pign.*, *eod.*, 18. Cf. Novell. CXXXVI, cap. III.

(56) Il faut naturellement que la milice soit vénale, pour pouvoir comporter le droit réel d'hypothèque, puisque sont seules susceptibles d'être grevées de cette sûreté, les choses qui peuvent faire l'objet d'une vente. (L. 9 § 1, fr. Gaius, *De pignor. et hypoth.*, D., XX, 1.) Aussi les textes relatifs à cette matière ont-ils toujours soin de mettre en relief le caractère de vénalité des milices et de restreindre la portée de leurs décisions à celles qui le possèdent.

(57) Const. 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19; cf. Const. 7, *eod.* Voy. note 5, *supra*.

esprit de faveur que constate la Novelle LIII. Il s'agissait de l'acquisition de la place de *statutus* moyennant l'argent d'autrui, par un membre de l'un des *scrinia memoriæ, dispositionum, epistolarum et libellorum* aujourd'hui décédé. Il fallait alors régler à qui parviendrait la somme de deux cent cinquante solides, due par le *supernumerarius* qui allait devenir *statutus* par suite de la vacance, et attribuée, nous nous le rappelons, par Théodose et Valentinien au *proximus* du *scrinium* dans lequel il devait figurer. Or, par un privilège spécial (n'oublions pas que, jusqu'à Justinien, la législation n'exista sur ce point qu'à l'état de formation), l'empereur Anastase décida que cette somme, au lieu d'être versée au *proximus*, pour qui elle ne constituait, en définitive, qu'une bonne aubaine, appartiendrait en première ligne aux créanciers du titulaire défunt, « *qui fœnus cum mortuo pro statuti loco ei acquirendo contraxerint...; ita scilicet ut si hereditas vel successio defuncti minime fuerit suscepta vel adita, tales personæ, id est creditores quidem contra cæteros prærogativa sibi servata...* »

En présence de ces précédents, il suffisait à Justinien d'un peu de bienveillance, pour généraliser ce que, jusqu'à lui, la faveur avait fait de droit exceptionnel et le transformer en droit commun. Il eut l'heureuse idée d'opérer cette réforme, et de la consigner dans trois de ses Novelles (58).

On remarque, en les lisant, que deux conditions étaient, en règle, requises pour que le bailleur de fonds pût obtenir cette hypothèque privilégiée sur la milice de son débiteur. Il fallait, en premier lieu, qu'il se fût fait constituer cette sûreté, en termes formels, au moment du prêt, dans l'acte d'emprunt, et, en second lieu, que l'emprunt eût été réalisé en vue de l'acquisition projetée de la milice, et que l'argent en provenant eût été réellement

(58) Novell. LIII, cap. v § 1 ; XCVII, cap. iv, et CXXXVI, capp. ii et iii. Il convient de joindre à ces Novelles l'authentique *Quod obtinet, De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14.

affecté à cette destination (59). Moyennant quoi le bailleur de fonds était préféré aux enfants ainsi qu'à la veuve du titulaire défunt, pour le recouvrement de sa dot, la créance de celle-ci fût-elle même antérieure en date.

Diverses faveurs, cependant, atténuaient la rigueur de ces conditions, pour des hypothèses particulières.

1° Il suffisait que le créancier prêteur eût une hypothèque générale sur les biens de l'emprunteur, pour qu'il pût invoquer l'hypothèque privilégiée sur la milice même achetée au moyen de ses propres deniers ; mais qu'on l'observe bien : il devait toujours y avoir eu, lors de l'emprunt, une convention d'hypothèque, qu'elle fût générale ou spéciale : car nous n'avons rencontré aucun texte qui accordât au bailleur de fonds, pour l'acquisition d'une milice, une hypothèque tacite privilégiée.

Doneau démontre l'efficacité d'une hypothèque générale relativement aux droits du créancier sur la *militia* du débiteur, en se fondant sur une loi très-importante de Justinien, que nous avons déjà eu bien des fois l'occasion de citer (60). Après avoir indiqué que le texte se démembrait en trois parties se référant, la première à la constitution du droit hypothécaire ; la seconde à la question de savoir à qui devait incomber la preuve en cas de difficulté et de contestation sur la provenance des deniers qui avaient servi à l'acquisition de la milice ; la troisième enfin à l'effet de l'hypothèque, il pose en principe la formule suivante : « *Obligatione generali pignoris, qua debitor omnia sua bona obligavit creditori, contineri etiam militiam quæ quidem vendi possit, quam debitor postea acquisivit ;*

(59) Loyseau (*op. cit.*, liv. III, chap. VIII, nos 38 et suiv.) reconnaissait de même que ces deux conditions étaient indispensables. (Voy. aussi Doneau, sur l'authentique *Quod obtinet; opp.*, t. 9, coll. 1113 *in fine* et suiv.) Le président Faber (sur la Constitution *Licet* = Const. 7, *Qui pot. in pign.*, C. Just., VIII, 18) soutenait, au contraire, que la déclaration d'emploi des deniers à l'acquisition de l'office n'était pas nécessaire, et qu'il suffisait de prouver que l'argent emprunté avait été employé en réalité à l'achat de la milice, sans qu'il fût besoin de déclarer dans l'acte, que le prêt était fait en vue de cette destination.

(60) Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14. Voy. Doneau, *Ad h. Const.* (*Opp.*, t. 9, coll. 1105 et sq.) Voy. aussi le commentaire de Cujas. (*Opp.*, t. 8, coll. 1380 et suiv.)

non tantum si acquisierit sibi, sed etiam si acquisierit alii; dummodo, si alii acquisivit, eam acquisierit ex pecunia sua. » Il est vrai que Justinien ne vise qu'une espèce particulière de débiteurs, savoir les *negotiatores*, et parmi eux notamment les banquiers ou changeurs (*argenti distractores*) et les commerçants en soie (*metaxarii*) ; d'où l'on pourrait être tenté de tirer la conséquence que sa loi ne s'applique qu'à eux seuls ; mais cette conclusion serait fausse, pense Doneau : la Constitution a trait à tous les débiteurs, *negotiatores* ou non, comme le prouvent les mots : « *Ut quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus.* » Si l'empereur parle spécialement des *negotiatores*, c'est ou bien *exempli causa*, « *vel ut removeretur dubitatio quæ major erat in negotiatoribus; quasi his, pro conditione vitæ, liceat impune pecuniam acceptam in quos velint usus impendere, et de ea negotiari : intelligiturque,* » poursuit-il, « *si hi non possunt pecunia accepta militiam acquirere, quin ea in obligationem generalem pignoris veniat, multo magis idem de aliis debitoribus probandum esse.* » (61)

Loyseau parvient à la même solution par les principes généraux, et d'une façon peut-être plus sûre ; car la Constitution 27, sur laquelle nous venons de voir s'appuyer Doneau, nous paraît se référer exclusivement à deux séries d'exceptions relatives à une catégorie particulière de personnes, les *negotiatores :*

α. D'une part, dispense pour les bailleurs de fonds de certains débiteurs hypothécaires, de prouver, dans un cas donné, l'emploi de leurs deniers à l'acquisition des milices achetées par leurs emprunteurs pour certaines personnes ;

β. D'autre part, faculté d'invoquer l'hypothèque privilégiée sur les milices, alors même que les titulaires ne seraient point engagés personnellement dans l'emprunt originaire.

Ce qui constituait une double dérogation aux principes géné-

(61) *Ubi supra*, coll. 1106 et suiv.

raux, dérogation que semblent bien souligner les mots «.... *Quod generaliter....* », savoir :

α. Que l'on ne pouvait invoquer l'hypothèque privilégiée, qu'en prouvant l'emploi à l'acquisition de la milice des deniers empruntés *ad hoc ;*

β. Que l'on n'aurait su invoquer cette hypothèque, qu'alors seulement que les titulaires eux-mêmes des *militiæ* se seraient personnellement engagés vis-à-vis des bailleurs de fonds.

Or Loyseau, disions-nous, aboutit au même résultat que Doneau. Mais, après nous avoir retracé les nombreuses difficultés auxquelles donnait lieu, dans notre ancien droit, l'hypothèque privilégiée du bailleur de fonds (62), arrivant à l'exposition de sa propre doctrine (63), au lieu d'invoquer la Constitution 27 de Justinien, qui, nous venons de le montrer, et nous allons avoir à insister sur ce point en détaillant ses dispositions, est toute de droit exceptionnel (64), il se fonde sur ce que l'hypothèque générale a régulièrement autant d'effet que l'hypothèque spéciale (65). D'ailleurs, le chapitre III de la Novelle CXXXVI ne distingue pas sui-

---

(62) *Op. cit.*, liv. III, chap. VIII, nos 17 et 18. Quatre systèmes s'étaient fait jour, touchant l'acquisition au bailleur de fonds en droit romain, de l'hypothèque privilégiée, appelée aussi par nos anciens auteurs, et notamment par Loyseau (*eod.*, n° 21), privilège réel ou hypothécaire. D'après les uns, cette sûreté existait dès là qu'on administrait la preuve que l'argent avait été actuellement employé à l'achat ou à la conservation de la milice. — D'autres, se fondant sur les lois *Qui in navem* et *Quod quis navis, De reb. auct. judic. possid.* (LL. 26, fr. Paul., et 34, fr. Marcian., D., XLII, 5), et sur l'authentique *Quod obtinet, De pignor.et hypoth.* (C. Just., VIII, 14), exigeaient que le prêt eût été fait *ad hoc.* — Dans une troisième opinion, à ces diverses conditions, devait se joindre celle d'une stipulation expresse d'hypothèque, conformément à la Constitution *Quamvis, De pignor. et hypoth.* (Const. 17, *eod.*) — Enfin, les partisans d'une quatrième doctrine, s'appuyant sur la Constitution *Licet, Qui pot. in pign.* (Const. 7, *eod.*, 18), enseignaient qu'il y avait nécessité d'une stipulation expresse d'hypothèque *spéciale* sur la chose grévée. — Les développements donnés au texte indiquent d'une façon suffisante pourquoi nous nous rangeons en principe, et sauf les exceptions signalées, à la troisième théorie.

(63) *Eod.*, nos 29 et suiv.

(64) Justinien met bien en relief son caractère d'exception au début du chap. II de la Novelle CXXXVI, dont il sera bientôt question.

(65) Const. 17, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14. On remarquera que, dans ce texte, l'adverbe *specialiter* étant opposé à l'adverbe *generaliter*, se réfère à une convention d'hypothèque *spéciale*, et non *expresse*, comme dans la Constitution 7, *Qui pot. in pign.* (*eod.*, 18).

vant que l'hypothèque est générale ou spéciale ; il requiert seulement que cette garantie ait été stipulée : « *duntaxat si in contractibus scriptura interveniente celebratis hypothecæ aliqua facta sit mentio.* » Il n'y aurait pas d'argument à tirer en sens contraire, pour repousser l'efficacité sur la milice d'une hypothèque générale sur les biens du débiteur, de la loi *Licet* au Code, *Qui pot. in pign.* (66), qui paraît exiger une hypothèque spéciale ; car, dans cette Constitution, le mot *specialiter* signifie non pas *spécialement,* mais *expressément,* et n'a pour but unique que d'exclure l'hypothèque tacite que la législation romaine a bien attribuée à celui dont l'argent avait servi à augmenter, à conserver ou à améliorer la chose, et cela, par ce motif d'équité et de justice qu'Ulpien formulait en disant : « *Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam* » (67), mais qu'elle n'a pas concédée à celui des deniers duquel elle avait été achetée, si ce n'est, dans le dernier état du droit, et par privilège spécial, aux banquiers, comme le dit la Novelle précitée (*eod.*).

D'où la conclusion, qu'il importe peu que l'hypothèque ait été stipulée générale ou spéciale, pourvu qu'elle ait été expressément stipulée. C'est là, ainsi que le remarquent fort bien Doneau et Loyseau, une condition que les textes exigent impérieusement (68).

---

(66) Const. 7, VIII, 18.

(67) L. 6 pr., *Qui pot. in pign.*, D., XX, 4. *Junge* L. 5, *eod.*

(68) Const. 17, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14 ; Const. 7, *Qui pot. in pign.*, *eod.*, 18 ; Novell. CXXXVI, cap. III. Doneau (*ubi supra*, col. 1110, 10) fait avec raison observer que notre Constitution 27 contient dans ses premiers mots la même exigence. (Voy. aussi son commentaire sur l'authentique *Quod obtinet*, *eod.*, coll. 1113 et suiv.) — On peut joindre à ces textes le chapitre III de la Novelle XCVII. Il est du reste remarquable que ce chapitre, qui porte pour rubrique : *De privilegio dotis et creditorum ex causa militiæ emptæ*, ne contienne pas une seule fois la mention des tiers prêteurs de deniers pour l'achat d'une milice, mais s'occupe de créanciers qui ont prêté leur argent pour la réparation ou l'acquisition de toutes autres choses. Ce n'est que le chapitre IV qui a spécialement trait à notre matière et qui est d'ailleurs particulièrement explicite sur la nécessité d'une constitution formelle d'hypothèque. Nous reviendrons sous peu sur ce chapitre, à propos de la question de rang entre les créanciers du titulaire.

L'exception qui vient d'être étudiée était générale à tout bailleur de fonds et s'appliquait indistinctement à tout prêteur de deniers pour l'acquisition d'une *militia venalis*.

Voici maintenant une série de dérogations aux conditions ordinaires et normales dans lesquelles pouvait être invoquée notre hypothèque privilégiée sur les milices, dérogations spéciales établies à l'égard des *negotiatores*, emprunteurs ou prêteurs de sommes employées à l'achat de *militiæ*.

2° Justinien, tout d'abord, par la Constitution 27, *De pignor. et hypoth.* (C., VIII, 14), décida que les bailleurs de fonds, créanciers hypothécaires de ces *negotiatores*, pourraient se prévaloir de leur hypothèque avec son rang privilégié sur la milice même que leurs débiteurs auraient, après leurs emprunts hypothécaires, achetée de leurs deniers, quelle que fût d'ailleurs leur origine, non-seulement pour eux, dans le cas où cela leur était possible (69), mais encore, soit pour leurs enfants, soit pour quel-

(69) Voy. chap. II, § 2, p. 483, 3e incompatibilité. Justinien ne prévoit pas, il est vrai, le cas où les *negotiatores* acquerraient *sibi;* mais il est évident que la même solution doit être donnée dans cette hypothèse que dans celle d'une acquisition faite au profit d'un *extraneus*. Du reste, les mots « *Ut quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus...* » de notre Constitution, le prouvent clairement. Il y a même un *a fortiori* pour le décider ainsi. En effet, il est hors de doute que, quand un *negotiator* achète une *militia sibi*, elle entre dans son patrimoine, et par conséquent fait partie du gage hypothécaire de ses créanciers, ainsi que l'indique encore le passage précité; et c'est pourquoi Justinien n'a pas eu à insister sur ce point et l'a passé sous silence, comme étant incontestable. Que si, maintenant, il a spécialement parlé d'une acquisition faite *extraneo* par le *negotiator* débiteur, cela tient à ce que l'on pouvait, ici, agiter la question de savoir si la milice devait encore être réputée figurer *in bonis debitoris*, et, par suite, si les créanciers hypothécaires pourraient valablement prétendre exercer contre elle leurs droits privilégiés. Justinien répond affirmativement, et cela avec toute raison. Seulement, il exige que l'acquisition soit réalisée au moyen des deniers du débiteur, et cette prescription est toute naturelle; car, si c'est avec l'argent d'un tiers, autre que les prêteurs de deniers, que le cédant a été désintéressé, on ne peut plus dire que l'office entre dans le patrimoine du débiteur et que les créanciers de ce dernier aient le moindre droit sur lui. Comment expliquer, à présent, que la charge étant achetée des deniers du débiteur, au profit d'une *extranea persona*, soit déclarée entrer dans le gage hypothécaire privilégié des créanciers de ce débiteur? Par cette idée qui est en germe dans un texte d'Ulpien (L. 1 § 11, *Quando appell. sit*, D., XLIX, 4), qu'on entend par nôtre, ce dont l'avantage ou le désavantage tourne à notre profit ou à notre détriment. « *Id enim recte definitur nostrum, cujus commodum aut incommodum ad nos pertinet...* », comme le dit Doneau (*ubi supra*, col. 1108, 7). Or, ici, l'*incommodum*, pour le débiteur, c'est précisément l'argent déboursé

qu'un de leurs parents, soit même pour une personne étrangère à leur famille (*extraneus*) (70) *.

---

par lui ; le *commodum*, c'est la créance qu'il a acquise contre le tiers au profit duquel la milice a été achetée, ou, si c'est une donation qu'il a entendu lui faire, c'est la créance de reconnaissance qu'il a fait naître à son profit. Rien de semblable n'a lieu d'être dit, si le prix de cession a été payé avec les écus d'un autre que le débiteur. — On pourrait être tenté de trouver inique, ou, pour mieux dire, absurde, que la milice achetée des deniers du débiteur, postérieurement à l'emprunt hypothécaire, ait ainsi pu tomber dans le gage privilégié de ses créanciers. Car, pourrait-on objecter, cette *militia* n'appartenait pas au débiteur, puisque, par hypothèse, c'était un tiers qui en était titulaire. Or, s'il en est ainsi, les principes les plus élémentaires du droit s'opposaient à ce que celui par l'argent duquel le cédant avait reçu son paiement, pût engager la charge dans les liens d'une obligation hypothécaire, soit générale, le débiteur ne grevant que *ses* biens par une hypothèque de ce genre, soit spéciale, quelque formelle et expresse qu'elle ait pu être, toute affectation hypothécaire exigeant en principe, pour sa validité, que le constituant fût propriétaire de la chose et capable de l'aliéner au moment même de la convention. (L. 3 pr., fr., Papin., L. 15 § 1, fr. Gaius, *De pignor. et hypoth.*, D., xx, 1; L. 23, fr. Marcian., *De probat.*, D., xxii, 3; Constt. 5 et 6, *Si alien. res*, C. Just., viii, 16. — Le second de ces textes nous apprend que, dans le droit classique, les biens à venir ne pouvaient être hypothéqués qu'en vertu d'une convention expresse qui accompagnait d'ailleurs journellement la constitution d'une hypothèque générale sur les biens présents. Dans le droit de Justinien, au contraire, l'hypothèque consentie par le débiteur sur tous ses biens, était présumée comprendre aussi ses biens à venir : Const. 9, *Quæ res pign.*, C. Just., viii, 17.) Ces objections, beaucoup plus apparentes que réelles, avaient, paraît-il, ébranlé la conviction de la plupart de nos anciens interprètes, qui avaient vu, dans notre Constitution, des dispositions de droit exceptionnel touchant les milices, analogues au *jus singulare* concernant les pupilles; de même, pensaient-ils, que la chose achetée des deniers du pupille était grevée à son profit d'une hypothèque tacite (L. 7 pr., fr. Ulp., *Qui pot. in pign.*, D., xx, 4; L. 3 pr., fr. Ulp., *De reb. eor.*, *eod.*, xxvii, 9), de même la milice achetée des deniers d'un créancier était affectée à son profit de cette garantie. Cette opinion, que Doneau réfuta déjà victorieusement (*ubi supra*, col. 1109, 8), doit être absolument rejetée. D'abord, outre que, comme nous l'avons dit, il ne pouvait être ici question d'une hypothèque tacite, Justinien parle d'une *militia* achetée non pas *ex pecunia creditoris*, mais bien *ex pecunia debitoris*, quelle que fût entre ses mains la provenance de cet argent. Ensuite, la chose achetée *ex pecunia creditoris* ne pouvait être affectée hypothécairement à ce dernier, que si elle avait commencé par faire partie des biens du débiteur. Or, il s'agit ici d'une milice qui ne figurait pas dans son patrimoine, si nos assertions sont exactes. Ce qu'il faut dire, c'est que notre Constitution ne contient rien qui déroge au droit commun, et que les milices n'étaient pas soumises à un autre régime que tous les autres biens du débiteur, déclarés hypothécairement engagés au créancier, et qui n'étaient obligés envers lui que pour autant qu'ils étaient dans le patrimoine du débiteur : car c'est ce qui avait précisément lieu ici. Ce n'est que par pure subtilité de droit que l'office acquis par le débiteur à un tiers n'avait jamais été et n'était pas *in bonis debitoris*, en tant qu'il avait été acheté pour un autre que pour le débiteur. Mais une analyse logique de la situation que nous envisageons montre bien qu'il en était tout autrement en pure raison naturelle. Au point de vue rationnel, en effet, n'est-ce pas même chose, au fond, de payer le cédant d'une milice en convenant avec lui qu'il se démettra en faveur d'un tiers

* Voir note 70, page 542.

Toutefois, notre Constitution établit une grande distinction, au point de vue de la preuve à fournir sur la provenance des deniers, entre le cas où la milice a été achetée par le *negotiator* débiteur pour une personne de sa famille (*liberi* ou *cognati*), et celui où

---

désigné, que d'acquérir d'abord la charge *sibi*, pour la céder ensuite à ce tiers? Si ce second procédé avait été employé par le débiteur, nul ne douterait que la milice ne fût engagée dans les liens de l'obligation hypothécaire. Pourquoi donc le fait d'avoir abrégé les opérations et d'être allé plus directement au but aurait-il fait varier la solution? La *militia* acquise à une *persona extranea* des deniers du débiteur devait être traitée, en ce qui concerne les droits des créanciers hypothécaires du *solvens*, comme si elle avait commencé par lui appartenir. Elle était réputée en réalité lui être acquise, lorsqu'il donnait au cédant l'ordre de faire investir du titre l'*extraneus* en question, si bien qu'elle était considérée comme étant acquise au tiers *par le débiteur*. Et tel est précisément le motif pour lequel Justinien exigeait que la *militia* fût achetée *ex pecunia debitoris*. De la sorte, en effet, en tenant compte du *commodum* et de l'*incommodum* de l'acquisition, l'office était censé avoir appartenu au débiteur originaire, ainsi que nous l'avons fait remarquer ci-dessus. — Ce raisonnement, d'ailleurs, peut s'autoriser de puissantes analogies qui prouvent combien il est exact. Ainsi, par exemple, Ulpien supposant, d'une part, que *Primus* est sur le point de faire une donation à *Secundus*, et, d'autre part, que *Secundus* ordonne à *Primus* de transférer la propriété de l'objet de la donation à sa propre femme, décide, avec Julien, que l'opération est nulle, parce qu'elle doit être traitée comme si *Secundus* avait d'abord reçu la chose, puis, qu'après être devenue sienne, il l'ait donnée à sa femme. (L. 3 § 13, *De donat. int. vir. et ux.*, D., XXIV, 1; cf. le § 12 de la même loi, et LL. 4, fr. Julian., et 56, fr. Scæv., *eod.*) — Au surplus, s'il est vrai que la milice même n'était pas dans le patrimoine du débiteur au moment de l'emprunt, et quand même il le serait qu'elle n'y est jamais entrée, du moins pourrait-on encore ajouter que la somme d'argent nécessaire à en payer la cession y figurait, et que, par conséquent, le débiteur, en constituant une hypothèque générale, avait, par là même, grevé non-seulement les valeurs actuellement existantes, mais encore celles qui viendraient, par la suite, se substituer à elles et en seraient représentatives.

(70) Il ne faudrait pas objecter que l'acquisition d'une *militia* par le *negotiator*, au profit d'une *extranea persona*, est chose impossible à supposer (notre Constitution prouverait d'ailleurs le contraire), à raison, d'un côté, de la nature des milices, et, de l'autre, de la règle posée en ces termes dans un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien : « *Excepta possessionis causa, per liberam personam, quæ alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est.* » (Const. 1, *Per quas person. nob. acquir.*, C. Just., IV, 27.) Rien, en effet, n'est plus facile, tout en acquérant une *militia*, non pas *sibi*, mais *alii*, de respecter à la fois la nature des milices et le principe qui vient d'être rappelé. Car ce que le texte entend par *militiam acquirere alii*, c'est simplement le fait, de la part du *negotiator*, de verser le prix d'achat entre les mains du cédant, sous la condition que celui-ci se démettra en faveur de telle personne qu'il lui désigne. Doneau, tout en se fondant sur un principe très-exact, commet, à cet égard, une erreur, en disant que cette acquisition *alteri* pourra encore se réaliser, si le *negotiator* acquiert la milice *sibi*, puis en reçoit la délivrance au nom du tiers qu'il veut en voir investi, puisqu'on peut acquérir la possession à un tiers, *et per possessionem dominium*. Doneau n'a pas pris garde que le caractère des milices répugne absolument à cette combinaison.

l'acquisition a été par lui réalisée au profit d'un *extraneus*. Justinien ayant décidé que les créanciers à hypothèque générale pourraient faire valoir leurs droits privilégiés sur la milice acquise pour une tierce personne par le débiteur postérieurement à l'emprunt hypothécaire, pourvu que le prix de cession eût été payé *ex pecunia debitoris*, il en résultait que les prêteurs originaires ne pouvaient exercer leurs droits sur l'office qu'après avoir prouvé l'origine des deniers au moyen desquels le cédant avait été désintéressé. Mais que décider en cas de contestation sur leur provenance? C'est ici que la Constitution établit une distinction capitale :

Si d'abord le débiteur a acheté la milice pour un de ses fils, ou de ses cognats, et *a fortiori* pour lui-même, elle décide qu'il y a présomption que la charge a été acquise *ex pecunia debitoris*, sauf au *negotiator* à détruire cette présomption, en prouvant que le cédant a été satisfait avec des deniers provenant d'ailleurs.

Que si, au contraire, c'était une personne étrangère à la famille du *negotiator* qui avait bénéficié de l'acquisition, on retombait dans le droit commun (71), en ce sens que le créancier devait prouver que cette acquisition avait été faite *ex pecunia mutuata* ou *debitoris*.

« *Et ratio differentiæ petenda est ex affectione personarum, quæ præsumptionem facit, ut non in aliam rem sumpserint pecunias mutuas, quam ut compararent militiam sibi, vel suis, quæ præsumptio non ita inducitur, cessante affectionis causa, ut cum militiam comparaverunt extraneis, et ignoratur ex qua pecunia, videbitur ex alia pecunia comparata nisi creditores probent ex sua pecunia comparatam* », dit Cujas (72). — « *Hujus distinctionis ratio hæc est,* » dit de son côté Doneau (73), *quod ex conjunctione sanguinis colligitur affectus debitoris, ex affectu beneficium, argum.* L. QUOD IN UXOREM. *et* L. SI PATERNO, SUPR. DE NEG. GEST. (74) *quod non item in extraneis dici potest.* »

(71) Voy. *supra*, chap. II, § 2, note 65, p. 459.
(72) *Loc. cit.*, col. 1381.
(73) *Ubi supra*, col. 1110, 11.
(74) Constt. 13 et 15, C. Just., II, 19.

Toutes les décisions dont il vient d'être parlé sont formulées en ces termes par Justinien : « *Super hypothecis quas argenti distractores, vel metaxarii, vel alii quarumcumque specierum negotiatores, pecunias sibi credentibus dare solent, hoc specialiter super amputanda omni machinatione sancimus, ut si post hujusmodi contractum liberis suis, vel alio modo cognatis, quamcumque militiam iidem negotiatores acquisierint* (*eam tamen, quæ vendi, vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest*), *liceat creditoribus eorum etiam non probantibus ex pecuniis eorumdem negotiatorum liberos eorum, vel cognatos militasse* (*dum tamen contrarium non probetur, alios ex suo patrimonio dedisse pecunias*) *creditum ab his, qui militarint, exigere : vel tantum eos efflagitare quanti vendi eadem militia possit. Quod ita obtinere sancimus, et si extraneis quibusdam iidem negotiatores de suis pecuniis hujusmodi militiam acquisisse probentur.* »

3° Une dernière exception aux règles générales se rencontre à la fin de cette Constitution. Elle consistait en ce que les bailleurs de fonds des *negotiatores* pouvaient se prévaloir de l'hypothèque privilégiée contre le titulaire quelconque de la milice (enfant, cognat, ou *extraneus*), lors bien qu'il ne se serait en aucune façon obligé envers eux : «... *hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum servetur.* »

Nous interrompons quelques instants la lecture de la loi 27, parce que ce qu'il nous en reste à examiner a trait à l'effet de l'hypothèque privilégiée des prêteurs de deniers des *negotiatores*, sujet qui trouvera, pensons-nous, sa place plus logique, lorsque nous nous demanderons quels sont les résultats auxquels peut, en notre matière, aboutir l'action hypothécaire. Pour le moment, continuons l'énumération des créanciers ayant hypothèque sur les *militiæ venales*, et recherchons ensuite comment les divers créanciers d'un titulaire doivent être classés, dans quel ordre ils doivent venir sur le prix de l'office.

Parmi les bailleurs de fonds, il convient de signaler encore les banquiers, comme ayant hypothèque privilégiée sur les milices de leurs débiteurs. Par une juste réciprocité de ce qui arrivait dans le cas où ils étaient emprunteurs, les *argentarii* de Constantinople obtinrent, à la suite d'une longue et mémorable requête qu'ils adressèrent à Justinien, et qui contenait précisément, avec beaucoup d'autres, une sollicitation sur ce chef, que, lorsqu'ils seraient eux-mêmes prêteurs d'une personne qui achèterait, après l'emprunt, une milice pour elle ou pour ses enfants, ils jouiraient de l'hypothèque privilégiée, dans les mêmes conditions qui viennent d'être décrites. C'est ce que Justinien expose verbeusement dans la réponse qu'il leur adressa, et à laquelle nous nous contentons de renvoyer. Elle est consignée dans le chapitre II de la Novelle CXXXVI (75), où l'on verra, au milieu d'un déluge de mots, que l'empereur, en accordant aux banquiers la faveur qu'ils réclamaient sur le point qui nous occupe, ne manque pas l'occasion de louer tout le soin qu'il a mis à la confection de sa Constitution 27, ci-dessus analysée, et dont le passage précité de sa Novelle n'est que le développement (76), fort équitable d'ailleurs, pour arriver à dire qu'il la confirme.

Il ne faut cependant pas exagérer la réciprocité entre la loi 27 au Code, *De pignor. et hypoth.*, et le chapitre II de la Novelle CXXXVI : car elle n'est pas complète. Toute la difficulté consiste à savoir en quoi celle-ci diffère de la précédente. A cet égard, notre doctrine n'est pas absolument d'accord avec celle de tous nos auteurs modernes, dont certains (77) ont relevé jusqu'à trois différences essentielles entre nos deux textes.

Un premier point avéré pour tout le monde, c'est que la Cons-

(75) Voy. Cujas sur cette Novelle. (*Opp.*, t. 8, coll. 538 et suiv.) On retrouvera, dans son exposé, la confirmation de bon nombre d'idées précédemment émises.

(76) C'est ce que Justinien met bien en lumière à la fin du chap. II, en nous donnant les motifs de sa bienveillance envers les banquiers : « ..... *his solummodo, qui de prædicto consortio sunt, liberalitatem nostram explicamus, propter communem ipsorum utilitatem, quam in contractibus exhibent, dum multis se periculis immiscent, ut ingruentibus aliorum necessitatibus medeantur.* »

(77) Par exemple M. de Tourville, pp. 75 *in fine* et suiv. de son manuscrit.

titution 27 établissait une présomption contre tous les *negotiatores*, tandis que le chapitre II de la Novelle CXXXVI ne crée une présomption, pour ainsi dire paralèlle, qu'au profit des seuls *argentarii almæ Urbis*, c'est-à-dire de Constantinople. « *Et quemadmodum illa* (Const. 27) *prædictam contra ipsos præsumptionem effecit, ita et nos contrarium ipsi remedium addentes, his solummodo, qui de prædicto consortio sunt* (voy. la *præfatio*, au début) *liberalitatem nostram explicamus...* »

Une seconde dissemblance a été signalée. Mais ici déjà, nous nous voyons dans la nécessité de l'écarter. Dans une opinion, tandis que la loi 27 accorderait une hypothèque privilégiée sur la milice acquise *liberis, cognatis et quibusdam extraneis*, avec une différence quant à la preuve sur l'origine des deniers qui ont servi à l'acquisition de la milice, la Novelle CXXXVI, dans son chapitre II, ne concèderait cette hypothèque aux *argentarii* de C. P. que sur la milice acquise par les emprunteurs, pour eux-mêmes ou pour leurs fils.

Il y a en cela une double exagération.

Nous pensons, tout d'abord, avec Cujas, qu'il convient d'ajouter aux fils des emprunteurs, leurs *cognati*, dont la Novelle, il est vrai, ne parle pas, mais qu'il nous paraît être dans son esprit de joindre aux fils des débiteurs, puisqu'elle entend étendre aux banquiers la présomption que la loi 27 crée contre eux. «... *Siquidem ipsorum* (argentariæ mensæ præpositorum) *gratia hanc legem proponimus, opponentes eam præsumptioni, quæ ex constitutione nata est.* » L'omission des *cognati* par la Novelle, dans l'hypothèse spéciale qu'elle a pour but de régler, tire d'autant moins à conséquence, que, rappelant brièvement, au début du chapitre II, le contenu des dispositions de la loi 27, elle passe également sous silence les cognats que cette Constitution mentionne pourtant en termes exprès. Aussi l'interprète Julien n'hésitait-il pas à en sous-entendre l'indication. Nous le croyons donc : de même que quand un *argentarius* est emprunteur, il existe, en faveur du tiers prêteur, une présomption que la milice acquise par

le débiteur *sibi*, *vel liberis*, *vel cognatis*, postérieurement à l'emprunt, a été payée *ex pecunia debitoris*, sauf possibilité de la preuve contraire de la part du titulaire, de même, lorsque c'est le banquier qui est prêteur, il existe à son profit une présomption réciproque et identique, que le cédant de l'office acheté par le tiers emprunteur pour lui-même, pour l'un de ses fils ou pour l'un de ses cognats, postérieurement au prêt, a été désintéressé au moyen des deniers de l'*argentarius*, sauf toujours réserve faite de la preuve contraire (78). C'est qu'en effet, nous ne voyons pas de motif de distinguer entre les deux hypothèses, dans chacune desquelles la raison de la présomption indiquée par Cujas et par Doneau est absolument la même. — Ajoutons, en second lieu, qu'ici, comme dans le cas de la Constitution 27, si l'emprunteur avait fait l'acquisition de la milice pour une personne autre que celles mentionnées, c'est-à-dire pour un *extraneus*, la présomption disparaîtrait, et que l'*argentarius* qui prétendrait que la cession a été payée au moyen de l'argent par lui prêté, aurait, conformément au droit commun, à en fournir la preuve.

Du silence gardé par notre Novelle sur l'acquisition de l'office pour un *extraneus*, faut-il conclure, comme le fait le système adverse, que le banquier, venant à prouver que l'emprunteur a acheté cette charge au moyen des deniers prêtés, n'aurait pas d'hypothèque sur elle? Non certes, estimons-nous encore avec Cujas. Car, si Justinien ne dit mot de cette hypothèse, c'est qu'il n'avait pas à en parler, par cette raison bien simple, qu'il accordait aux *argentarii* le bénéfice de la même présomption que la loi 27 avait créée contre eux, et que, dans cette espèce précisément, cette présomption disparaissait.

Enfin, on a voulu parfois rencontrer une troisième différence entre nos deux textes. Celle-ci, nous la rejetons également, parce qu'elle procède d'une erreur engendrée d'ailleurs par un oubli. On a dit : la Constitution 27 exige la stipulation au moins

(78) « ... *Consimiliter autem et filiorum nisi manifestissime ab ipsis comprobetur, quod vel ex maternis filiorum bonis vel ex principali largitate militia ipsis accesserit.* »

d'une hypothèque générale, de la part des bailleurs de fonds des *negotiatores*, pour que l'hypothèque privilégiée puisse être invoquée sur la milice acquise par eux pour les personnes que nous savons. Au contraire, le chapitre II de la Novelle CXXXVI n'exige pas de stipulation d'hypothèque lors du prêt, par le banquier, des deniers présumés employés à l'acquisition de la charge, de sorte qu'elle concède à la fois hypothèque tacite et privilégiée. C'est ce que l'on prétend inférer de ces mots : « ... *Et petierunt* (argentarii), *ut aut neque in ipsis hujusmodi locum haberet præsumptio, aut ipsis quoque eadem suppeterent, ut si quis mutuo ab ipsis sumpto militet, aut etiam ejus filii, neque debitum possit aliunde dissolvi, vel ex istiusmodi militiæ ejus, aut filiorum venditione, satis ipsis fiat... Habeant et ipsi hoc privilegii, ut si quis militet, aut ejus filii, ipsius quidem militia omnibus modis obnoxia teneatur, si de numero earum sit, quæ vendi solent.* »

Nous avons bien des réponses à faire contre cette manière de voir. D'abord, nous avons démontré que jamais le droit Romain n'avait admis d'hypothèque tacite dans la matière qui nous occupe. — En second lieu, le système adverse semble perdre de vue que la Novelle CXXXVI se place exactement dans l'hypothèse de la loi 27, qui commence par supposer expressément qu'une convention d'hypothèque a eu lieu. Ce qui démontre bien que son chapitre II n'entend pas déroger sur ce point à la Constitution 27, c'est qu'il prend soin de dire quand il y fait exception. C'est ainsi que nous lui avons vu énoncer formellement que son dispositif ne concernait que les seuls *argentarii* de Constantinople. — Enfin, ce que paraît avoir oublié la doctrine opposée, de même que quand les banquiers empruntaient, les prêteurs se faisaient d'ordinaire constituer une hypothèque sur leurs biens, de même lorsqu'ils prêtaient, ils avaient coutume de se faire donner une sûreté de ce genre sur les biens de l'emprunteur, ainsi que le prouve le chapitre III de notre Novelle (79)*. — Toutes ces raisons

* Voir note 79, page 549.

expliquent pourquoi il n'y a rien à induire contre notre opinion du silence de Justinien sur la convention préalable d'hypothèque, qu'il présupposait évidemment. Tel était aussi le sentiment de Cujas. Quant aux deux passages précités, nous ne voyons pas quel argument on peut en tirer contre nous. Ils sont loin de dire qu'une hypothèque tacite sur la milice est désormais octroyée aux *argentarii* bailleurs de fonds. Il y a mieux : Justinien, en disant : « *Habeant et ipsi hoc privilegii* », entend bien, apparemment, leur concéder le bénéfice dont s'agit, sous les mêmes conditions que celles auxquelles se trouve soumise l'hypothèque privilégiée des prêteurs de deniers qui n'étaient pas *argentarii*.

Nous arrivons enfin à la troisième des hypothèques privilégiées, dont pouvait se trouver grevée une *militia venalis*. C'était celle qui avait été successivement accordée aux enfants et à la veuve des titulaires. Que ces deux nouvelles catégories de personnes doivent bien être considérées comme des créanciers hypothécaires privilégiés, lorsqu'ils sont admis, bien que n'étant pas héritiers, à réclamer le prix payé par le successeur à la milice vénale, c'est ce qui résulte, d'un côté, du langage des textes qui leur concèdent ce bénéfice, et, de l'autre, du concours qui s'établit entre elles et les bailleurs de fonds. Ainsi, d'une part, lorsque l'empereur Anastase octroye cette prérogative aux enfants des *scriniarii* décédés en exercice, voici comment il s'exprime : « ... *Si hereditas, vel successio defuncti minime fuerit suscepta, vel adita,... liberi..., vel agnati, seu cognati, non hereditatis, sed privilegii*

(79) La convention d'hypothèque générale de la part des *argentarii* était même si fréquente, que Justinien finit par la sous-entendre dans tous les prêts d'argent par eux faits. (Edict. VII, cap. 3.) Il était néanmoins préférable pour le banquier, même depuis cet édit, de s'être fait consentir une hypothèque générale ; car, en ce cas, mais en ce cas seulement, il avait, ainsi qu'il a été dit, une hypothèque privilégiée sur la chose achetée de ses deniers par l'emprunteur, postérieurement au prêt, ou plutôt, comme la propriété de cette chose. (Novell. CXXXVI, cap. III.) Par une réciprocité que l'empereur semble avoir eu à tâche d'établir entre la situation des *argentarii* et celle de leurs créanciers, et dont nous venons de rencontrer un exemple, le même édit (*eod.*) conféra aux prêteurs des banquiers une hypothèque tacite générale sur leurs biens. — Consulter, sur les prêts faits par les *argentarii*, ou à eux, et spécialement au point de vue de l'hypothèque, la thèse de M. Da, nos 77 et suiv.

nomine... summam percipiant: sibique petere ac vindicare permittantur, etc... » (80) Et tel est également le langage de Justinien, lorsque, plus tard, il étendit cette concession à tous les enfants et à la veuve des titulaires. « ... *Si... filii fuerint aut uxor defuncti, istos omnibus præponimus modis, ut adeant nos : et secundum jussionem nostram hoc habeant, non tanquam paternam hereditatem, si in aliis inops sit, sed tanquam imperialem munificentiam : ut et substantiam relinquentibus, et non habentibus, merito solatium præbeamus.* » (81)

D'autre part, avons-nous dit, les enfants et la veuve du titulaire décédé sont mis en présence des bailleurs de fonds créanciers hypothécaires privilégiés, quand il s'agit de régler la question de rang entre leurs créances respectives.

Cet ordre entre les créanciers privilégiés du titulaire de la milice est loin de ressortir, dès l'abord, très-nettement des textes, si on les compare, et si on en combine les décisions. Un seul point apparaît évident et certain : c'est que le fisc, toujours présent quand il s'agissait de recueillir, primait tous autres créanciers, lorsqu'il invoquait son hypothèque privilégiée contre un débiteur de l'impôt foncier (82).

Mais que penser au sujet des bailleurs de fonds et des enfants ou de la veuve du titulaire? C'est ici que naît la difficulté, les textes paraissant fournir jusqu'à trois solutions différentes sur la question. Et, ce qui contribue à la rendre encore plus obscure *a priori*, c'est que, parfois, la même loi contient, à quelques lignes de distance, des décisions diamétralement opposées. Ainsi, par exemple, on trouve les divers intéressés dont nous nous occupons, mis indifféremment et à tour de rôle au premier rang, dans la Constitution d'Anastase, qui, après avoir dit : « *Si quis in sacris nostris scriniis... statutis jam connumeratus, ab hac luce fuerit substractus: ab eo quicumque, utpote vacante loco de substitutis*

(80) Const. 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19.
(81) Novell. LIII, cap. v, § 1.
(82) Voy. note 51, *supra.*

in statutorum consortio fuerit ultimus subrogatus, pro solatio, vel suffragio proximi, definitam sacræque constitutioni divæ memoriæ Theodosii et Valentiniani principum (Const. 7, *eod.*) *insertam quantitatem defuncti heredes, et successores, vel liberi ejus, seu creditores, qui fœnus cum mortuo pro statuti loco ei acquirendo contraxerint, consequantur...* », poursuit en disant : « *ita scilicet ut si hereditas, vel successio defuncti minime fuerit suscepta, vel adita, tales personæ, id est creditores quidem contra cæteros prærogativa sibi servata; liberi autem, vel agnati, seu cognati, non hereditatis, sed privilegii nomine simili modo hujusmodi summam percipiant...* » Ailleurs, la préférence est donnée aux enfants et à la veuve sur tout le monde. « ... *Si... filii fuerint aut uxor defuncti, istos omnibus præponimus modis... Si vero nullus eis* (militantibus) *neque filius neque uxor fuerit, neque creditor qui ad ipsam militiam mutuavit, tunc et aliis creditoribus præbemus hoc...* », dit Justinien (83). Ailleurs enfin, c'est le bailleur de fonds qui est préféré ; et, en droit, ce dernier système est le seul vrai, si l'on réfléchit que, lorsqu'il arrive pour reprendre le prix de la milice, jusqu'à concurrence de son prêt, *certat de damno vitando*, tandis que les enfants et la femme du titulaire décédé, quand ils le reçoivent en dehors de tout droit successoral et par pure faveur, *certant de lucro captando*. Reste à savoir si le droit romain fit prévaloir cette manière de voir. Quant à nous, nous n'en doutons pas (84) ; et le triomphe définitif de cette doctrine nous semble ressortir des documents mêmes auxquels nous avons emprunté les passages qui précèdent, et qui ne sont probants, en sens contraire, que si on isole, comme nous l'avons fait jusqu'ici à dessein, les diverses parties dont ils se

(83) Novell. LIII, cap. v, § 1.

(84) Voy. en notre sens : Fr. Ad. Schilling, trad. de M. Pellat, p. 101 du *Traité* cité chap. II, § 1, *supra*, note 21 ; MM. Durand, *op. cit.*, p. 33, n° 39, et Maynz, *op. cit.*, t. 1, § 163, p. 905, *in initio*. M. de Tourville s'était également rallié à cette opinion (pp. 77 et suiv. de son manuscrit). — On sait, au surplus, que la question de l'ordre à établir entre les divers créanciers hypothécaires privilégiés, dans le dernier état du droit romain, est très-controversée. (Voy. M. Pellat, *ubi supra*, note 11, qui renvoie aux auteurs de divers systèmes sur ce point.)

composent. Mais, à les prendre dans leur ensemble, on aperçoit aisément le bien fondé de notre assertion. Pour peu qu'on les lise avec attention et qu'on les examine avec quelque soin, qu'y trouve-t-on ? C'est que la préférence fut accordée aux bailleurs de fonds sur les enfants et la veuve. En veut-on la preuve ? Elle est facile à donner. Qu'on se reporte à la loi d'Anastase ; on y relèvera cette phrase très-significative : « ... *creditores quidem* CONTRA CÆTEROS *prærogativa sibi servata...* » De même Justinien, en déterminant à qui ira, par droit d'hypothèque, le prix de la milice du défunt, parle du bailleur de fonds d'abord comme préféré à tous autres créanciers, et il ne fait figurer qu'au second plan les enfants et la veuve du titulaire : « ... *Sancimus*», dit-il (85), « *ea quæ appellantur ex casu* (86), *non omnibus prompte subjacere : nisi tamen creditor fuerit, qui ad hoc ipsum mutuavit, ut militia illi emeretur : alioqui aliis creditoribus non prompte damus hoc : sed si quidem filii fuerint...* » Enfin, ce qui est plus probant et plus caractéristique que tout le reste, et ce qui achèvera la démonstration, c'est que l'empereur, par l'Authentique *Quo jure* (87) et par sa Novelle XCVII, dont la rubrique annonce déjà l'innovation (88), préféra le prêteur de deniers même à la femme mariée invoquant son hypothèque privilégiée pour le recouvrement de sa dot; disposition qui paraîtra d'autant plus remarquable que la législation du Bas-Empire avait entouré les femmes mariées de garanties protectrices, souvent exagérées et quelquefois injustes, en leur accordant, par exemple, pour la restitution de leur dot, comme le fit Justinien, en l'année 531, une hypothèque privilégiée qui primait tous les créanciers du mari, même antérieurs (89). Aussi bien, cette préférence au profit des

(85) Novell. LIII, cap. v, § 1.

(86) L'explication de ces mots sera donnée plus bas. (Voy. § 3, note 4.)

(87) *Qui pot. in pign.*, C. Just., VIII, 18.

(88) On y lit, en effet, la phrase suivante : « ..... *De privilegio dotis, quia aliis præponetur privilegiis : et ut excipiantur hoc privilegio creditores in emptione militiæ...* »

(89) Const. 12, *Qui pot. in pign.*, C. Just., VIII, 18.

bailleurs de fonds n'avait-elle pas dû être admise sans quelque hésitation, à en juger par les formalités rigoureuses auxquelles avaient été soumises, dans ce cas, l'acquisition et la conservation de leur hypothèque.

Ces formalités sont réglées par l'Authentique *Quo jure* et par le chapitre IV de la Novelle XCVII. Pour que le prêteur de deniers pût prétendre à être colloqué avant la femme, lors bien que la cause de sa créance fût antérieure en date à celle du bailleur de fonds, deux conditions étaient impérieusement exigées. Il fallait :

1° Que la cause du prêt fût expressément indiquée dans l'acte : « *Quo jure utatur* (mulier) *et adversus eos qui personali privilegio muniuntur, veluti quorum pecunia res emptæ sunt, sive refectæ : nisi qui nova constitutione sunt excepti, sicut qui emendæ militiæ causa marito in scriptis mutuarunt* », dit l'Authentique ; « *Quia vero et hujusmodi quædam aditiones nobis factæ sunt, eo quod quidam aliorum militant pecuniis, et oportet eos qui in has crediderunt causas præponi : sancimus, si quis crediderit aurum occasione militiæ, sive statutum fieri, vel pro aliis quibusdam talibus causis :* ET EXPRESSIM HOC IPSUM SCRIBATUR IN INSTRUMENTO », répète la Novelle ;

2° Qu'il fût dit que, le cas échéant, la préférence appartiendrait au prêteur : « *et in hoc fiat pactum, ut casu proveniente, prior sit solus, qui ad hoc credidit* », ajoute la même Novelle, qui complète ainsi l'Authentique.

Ce n'est qu'à ces conditions seules que le bailleur de fonds l'emportera. Justinien, en effet, insiste tout spécialement sur la nécessité de leur accomplissement, pour bien montrer qu'elles sont de rigueur, et il exige en outre que l'acte soit revêtu des signatures de témoins : « [*et*] *huic solo casui cedere mulierem : neque facile credendum, neque per testes, sed negotio ex scripto gesto, et testium habente subscriptiones, et ipso opere procedente : tunc enim, si per omnem hujusmodi viam causa procedat, suspicionem non habeat, et competit contrahentes propriis*

non privari : aliis omnibus prævalere mulierem, secundum quod jam a nobis eis datum est privilegium. »

Après les différents créanciers hypothécaires privilégiés, qui nous sont maintenant connus, ou à leur défaut, le prix de la milice était attribué aux autres créanciers du titulaire. Justinien, dont le langage ne nous semble pas suffisamment précis, le constate en ces termes : « *Si vero nullus eis neque filius neque uxor fuerit, neque creditor qui ad ipsam militiam mutuavit : tunc et aliis creditoribus præbemus hoc, ne videamur inhumanum aliquid facere, et non propter piam et Deo placentem actionem ponere legem.* » (90)

Cette phrase paraît impliquer, au premier abord, qu'après les créanciers hypothécaires privilégiés, le prix de la milice était distribué au marc le franc aux créanciers chirographaires du titulaire. Il y a en cela une part de vérité, en ce sens que ceux-ci venaient bien au marc le franc. Mais, d'un autre côté, pris trop au pied de la lettre, le texte contiendrait une erreur ; car il pouvait se présenter des cas où les créanciers ordinaires étaient encore primés. D'où la conclusion que les mots *alii creditores* doivent être entendus, suivant nous, d'une manière beaucoup plus large. Ils désignent, à nos yeux, *tous les autres créanciers* qui pouvaient élever des prétentions sur le prix de l'office. Or, ces *alii creditores* étaient de trois sortes. Ce sont, dans l'ordre même où devait se répartir entre eux la distribution des deniers, les créanciers hypothécaires simples ou non privilégiés, les créanciers privilégiés non hypothécaires, et les créanciers ordinaires ou chirographaires.

Du jour où fut admise l'hypothèque privilégiée sur les milices, il n'est pas douteux que le titulaire put, par *a fortiori*, affecter hypothécairement sa *militia* à la garantie du paiement de ses dettes, sans qu'il en résultât, pour le créancier, d'autre bénéfice que celui de l'impignoration simple. Dès lors, les *militiæ venales*

(90) Novell. LIII, cap. v, § 1 *in fine*. Une formule analogue et plus brève se trouve dans l'Authentique *Quod obtinet*, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14.

vinrent grossir le nombre des choses incorporelles susceptibles d'être hypothéquées (91). Il ne faut pas davantage hésiter à dire que la charge qui les grevait pouvait être générale ou spéciale, conventionnelle ou tacite (92). Par conséquent, les légataires ayant reçu, dans le droit de Justinien, en l'an 529, une hypothèque tacite spéciale sur les biens de la succession (93), nous estimons qu'elle pesait sur la milice du titulaire décédé; pareillement, l'hypothèque tacite générale du fisc atteignait, pensons-nous, la *militia* du titulaire contribuable (94), ainsi que les hypothèques tacites générales des pupilles, des mineurs de vingt-cinq ans et des fous (95), quand l'officier était tuteur ou curateur (96), et enfin celle des femmes mariées pour la restitution de leur dot, avant l'époque de sa transformation définitive par Justinien en hypothèque privilégiée (97).

---

(91) Schilling, trad. de M. Pellat, p. 16, 3e du *Traité* cité chap. II, § 1, *supra*, note 21. Voy. aussi Cujas, sur le chap. v de la Novelle LIII. (*Opp.*, t. 8, coll. 500 *in fine* et suiv.)

(92) Parmi les hypothèques non conventionnelles, l'hypothèque tacite est la seule qui puisse porter sur une *militia venalis*, dont la nature répugne évidemment tant au *pignus prætorium* qu'au *pignus ex causa judicati captum*.

(93) Const. 1, *Commun. de leg.*, C. Just., VI, 43; § 2, *De leg.*, Inst., II, 20.

(94) Voy. *supra*, p. 532, texte et note 49. Voy. aussi *eod.*, note 51.

(95) Cette hypothèque fut créée en l'année 312 par Constantin en faveur des pupilles et des mineurs. Elle prenait rang au jour de l'ouverture de la tutelle ou de la curatelle. (Const. 20, *De admin. tut. vel curat.*, C. Just., V, 37.) Elle n'était, pour les pupilles, que la généralisation de l'hypothèque déjà admise à leur profit, dans le cas où le tuteur avait acquis pour son propre compte des biens payés *de pupillari pecunia*. (Const. 6, *De serv. pign. dat. manum.*, C. Just., VII, 8. Comp. *supra*, chap. II, § 2, note 84. — Voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, 3e éd., p. 389, n° 162, 1°, texte et note 2.) Quant aux fous, la même garantie ne leur fut accordée que par Justinien. (Const. 7 §§ 5 et 6, *De curat. fur.*, C. Just., V, 70.)

(96) Nous n'avons rencontré qu'une seule excuse de tutelle et de curatelle, relative à des titulaires de *militiæ venales*. Elle fut accordée en l'an 500 par Anastase aux *silentiarii* (Const. 25, *De excusat.*, C. Just., V, 62; Const. 5, *De silentiar.*, *eod.*, XII, 16); et Justinien la consacra en confirmant d'une manière générale tous les privilèges qui leur avaient été concédés. (Novell. LIII, cap. v, § 1, dernière phrase.) Ces textes accordant une faveur, il en faut conclure que les titulaires de milices n'étaient point, en principe et d'une façon absolue, excusables, et ne rentraient pas dans la catégorie des fonctionnaires proprements dits, dont parle le § 3, *De excusat. tut. vel curat.* des Institutes (I, 25), c'est-à-dire de ceux *qui potestatem habebant aliquam*.

(97) Cette hypothèque tacite générale, concédée par Justinien en l'an 530 (Const. 1 § 1, *De rei uxor. act.*, C., V, 13), ne dura qu'un an. (Voy. *supra*, p. 552, texte et note 89.)

En ce qui concerne les créanciers simplement privilégiés du titulaire, nous en rencontrons de deux espèces :

1° Les uns devaient leur privilège à leur qualité ; nous signalerons en particulier le fisc, dans tous les cas où il n'avait pas d'hypothèque (98), et les prodigues (99), à supposer que leur garantie n'ait point été convertie en hypothèque tacite, comme celle des pupilles, des mineurs et des fous (100).

2° D'autres créanciers étaient privilégiés à raison de la cause de leur créance : nous citerons tout spécialement comme étant muni de ce droit de préférence, celui qui avait déposé de l'argent chez un banquier ou un changeur, à la condition que le déposant ne reçût pas d'intérêts; car, sinon, il eût été considéré comme ayant fait plutôt un placement qu'un véritable dépôt, et il n'aurait plus alors mérité d'être séparé des autres créanciers, dit Ulpien dans deux textes qui, d'ailleurs, ne concordent pas (101).

Ce n'est qu'après avoir désintéressé ces différents créanciers, ou leurs subrogés (102), dans l'ordre précédemment indiqué, que les chirographaires arrivaient et concouraient sur le prix laissé libre de la milice du débiteur commun.

Un point nous reste à étudier avant d'abandonner les créanciers d'un titulaire de milice : c'est celui de savoir comment et

---

(98) Voy. *supra*, p. 532, texte et note 50.

(99) L. 15 § 1, fr. Paul., *De curat. fur.*, D., XXVII, 10.

(100) Voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, p. 422, 2°, et p. 711.

(101) L. 7 § 2, *Depos. vel cont.*, D., XVI, 3, et L. 24 § 2, *De reb. auct. jud. possid.*, D., XLII, 5. C'est sur le classement de ce privilège que ces deux lois se contredisent, la première lui donnant le premier rang, et la seconde le reléguant au dernier. M. H. Da (*op. cit.*, n° 50 et suiv., pp. 40 et suiv.), le dernier auteur, de nous connu, qui se soit occupé de ce sujet, déclare à bon droit, croyons-nous, ces deux textes inconciliables. On verra, dans la savante discussion à laquelle il se livre, que si ces deux fragments ont tourmenté bien des interprètes, ceux-ci le leur ont bien rendu.

(102) Sur la matière si épineuse et si controversée de la *successio in locum*, que nous n'avons point à aborder ici, nous renverrons, parmi les auteurs anciens, à Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. VIII, n° 57 et suiv., et, parmi les modernes, à Schilling, trad. de M. Pellat; à MM. Durand, *op. cit.*, n° 40, pp. 34 et suiv.; Beauregard, *Du paiement avec subrogation; ses origines en dr. rom.; sa nature et ses effets dans le droit français;* thèse pour le doctorat, présentée à la Faculté de dr. de Paris le 16 mars 1876, pp. 76 et suiv., et enfin à la thèse de doctorat de notre ami J. Challamel (*Du jus offerendæ pecuniæ* en dr. rom.; *De la cession des créances hypoth. en dr. fr.*), soutenue devant la même Faculté, le 5 juin 1878, et couronnée en 1879.

quand ils pouvaient faire valoir leurs droits sur la *militia* de leur débiteur. Il nous faut établir à ce sujet une grande distinction, et parler successivement du cas où on était en présence de créanciers hypothécaires privilégiés ou simples, et de celui où il s'agissait de créanciers privilégiés ou chirographaires ; puis, dans chacune de ces deux hypothèses, une sous-distinction sera nécessaire, les choses se passant différemment, selon que le titulaire de la milice était vivant ou mort.

Soit d'abord un créancier hypothécaire privilégié ou simple, qui, à défaut de paiement, veut exercer l'action quasi-servienne. Son débiteur étant encore en vie, peut-il se venger sur sa *militia ?* De droit commun, l'hypothèque conférait au créancier la triple prérogative d'avoir : 1° un droit de préférence ; 2° un droit de suite ; 3° le droit de vendre ou d'aliéner individuellement la chose grevée (*jus distrahendi*). — De ces trois bénéfices, nous ne retrouvons en notre matière que le premier, inhérent à une hypothèque quelconque ; c'est d'ailleurs le plus essentiel de tous, et celui dont découlent les deux autres. Quant aux deux derniers, sur lesquels seuls il faut nous expliquer brièvement, la nature spéciale des milices mettait, en principe (103), obstacle à ce que le créancier pût les invoquer. Le droit de suite, d'un côté, était inconciliable avec leur caractère particulier, puisqu'il consistait, de la part du créancier qui l'exerçait, à se faire délaisser la chose par quiconque la retenait, et, par conséquent, à méconnaître toutes les aliénations et constitutions de droits réels postérieures à la naissance de l'hypothèque (104). D'un autre côté, le *jus distrahendi* était tout aussi impraticable que le précédent, puisqu'il aboutissait, de la part du créancier, à aliéner, c'est-à-dire à transporter à l'acquéreur un droit opposable au propriétaire lui-même (105). Or, nous avons suffisamment insisté sur ce point

(103) Cette restriction va être expliquée par l'exception très-remarquable apportée par Justinien à la théorie générale dont l'exposé suit.

(104) L. 18 § 2, fr. Paul., *De pigner. act.*, D., XIII, 7; L. 44 § 5, fr. Papin., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3.

(105) Gaius, II, § 64; L. 10 § 1, fr. Paul., *Quib. mod. pign. vel. hypoth. solv.*, D.,

pour n'y plus revenir autrement que par un rappel, il appartenait au Prince, et au Prince *seul*, d'investir et de révoquer le titulaire d'une milice ; et, de même que certaines causes de résolution du droit de l'acheteur, admises *jure communi* dans la vente, avaient été rejetées dans la cession des milices, à raison de ce principe supérieur qui dominait toutes leurs transmissions, de même, la résolution du droit du titulaire, par suite de l'exercice du droit hypothécaire, se trouvait exclue par la force même des choses. De là, le droit de suite et le droit de vente étaient, en règle, refusés au créancier ; de telle sorte que les créanciers même hypothécaires d'un titulaire devaient attendre que la milice fût sortie du patrimoine de leur débiteur, pour se désintéresser sur le prix payé par le successeur (106).

Toutefois, si tel fut certainement l'état de la législation romaine jusqu'à Justinien, si tel il demeura même sous cet empereur, d'une manière très-générale, il ne persista pas dans son intégrité jusqu'à la fin du droit, d'une façon exclusive et absolue. Une dérogation des plus notables y fut apportée en l'année 528, par la fameuse Constitution 27, *De pignoribus et hypothecis* (C. Just., VIII, 14), dont la règle toute spéciale fut étendue par le chapitre II de la Novelle CXXXVI. Dans le but, sans doute, de faciliter à ceux qui voulaient acquérir des milices les moyens d'emprunter, pour en payer le prix à leurs cédants (107), Justinien, par une faveur nouvelle qu'il faudra ajouter à celles indiquées plus haut, accorda aux bailleurs de fonds des *negotiatores*, une fois leur droit hypothécaire sur la milice dûment prouvé, la permission de vendre

---

XX, 6; § 1, *Quib. alien. lic.*, Inst., II, 8. On verra, par ces textes, que le verbe *vendere* est, en cette matière, synonyme d'*alienare*, c'est-à-dire d'*alienam rem facere*.

(106) Nous employons à dessein cette formule très-large, parce qu'il nous paraît évident, malgré l'opinion émise par certains auteurs (voy. par ex. M. Durand, *op. cit.*, p. 33 *in initio*), qu'il suffisait que l'évènement indiqué au texte se réalisât, à quelque époque que ce fût, et, par conséquent, même du vivant du débiteur, au moyen d'une cession, pour que les créanciers pussent élever leurs prétentions sur le prix. On n'en était réduit à attendre le décès du titulaire, qu'autant que celui-ci ne s'était pas volontairement démis entre-vifs.

(107) Voy. M. Dard, *op. cit.*, p. 502.

la *militia* du vivant même de leur débiteur, mais à la condition qu'il n'existerait aucun autre bien pour leur donner satisfaction : « ..... *liceat creditoribus, et adhuc viventium debitorum jure hypothecæ vindicare militias, nisi sibi satisfiat.....* » Par réciprocité, la Novelle CXXXVI (cap. II) octroya la même prérogative aux banquiers bailleurs de fonds : « ..... *Petierunt..... ut si quis mutuo ab ipsis sumpto militet, aut etiam ejus filii, neque debitum possit aliunde dissolvi, vel ex istiusmodi militiæ ejus, aut filiorum venditione, satis ipsis fiat... Habeant et ipsi hoc privilegii, ut si quis militet, aut ejus filii, ipsius quidem militia omnibus modis obnoxia teneatur, si de numero earum sit, quæ vendi solent. Consimiliter autem et filiorum, nisi manifestissime ab ipsis comprobetur, quod vel ex maternis filiorum bonis vel ex principali largitate militia ipsis accesserit. Nam si debitum aliunde dissolvere nequeant : tunc argentariæ mensæ præpositis etiam ex filiorum militia satisfiat.....* »

Il faut bien s'entendre maintenant sur cette ressource suprême, concédée à certains bailleurs de fonds par l'empereur byzantin. En leur reconnaissant le droit d'intenter l'action hypothécaire du vivant même du titulaire, est-ce à dire que Justinien ait voulu, par là, conserver à l'action quasi-servienne sa physionomie normale, et consacrer ses effets réguliers ? Non : car, plus puissante que la volonté impériale, la nature des choses s'y opposait. L'objet ordinaire de notre action est le délaissement du bien grevé aux mains du créancier. Or, il est clair que lorsque l'hypothèque portait sur une milice, le bailleur de fonds n'obtenait pas, en exerçant son action, le délaissement de la milice même, dont il ne faisait que de poursuivre l'expropriation. Dès lors, son but était d'obtenir tout le prix à provenir de la vente de l'office (*æstimatio militiæ*), « *quanti vendi militia possit* », comme dit Justinien en la loi 27, si le titulaire ne préférait payer la dette. La Constitution 27 mettait ainsi le débiteur dans l'alternative ou bien de donner satisfaction au créancier, ou bien de vendre sa milice. Mais elle laissait de côté une troisième face de la question : qu'arrivait-il,

lorsque, de ces deux partis, le titulaire ne prenait ni l'un ni l'autre, et trouvait plus commode de rester inactif? Nous pensons avec Doneau (108), en nous inspirant du droit commun (109), qu'en pareille occurrence, le créancier pouvait faire vendre la milice.

Que notre conclusion générale soit donc celle-ci : du vivant du titulaire d'une *militia venalis,* mise à part une exception unique en faveur de certains bailleurs de fonds, exception qui nous fournit notre formule finale, ses créanciers hypothécaires, privilégiés ou simples, et, *a fortiori,* ses créanciers simplement privilégiés et chirographaires, n'avaient aucun droit direct contre la milice, mais étaient réduits, les uns comme les autres, à attendre que l'office fût sorti du patrimoine de leur débiteur, par démission ou par décès, pour pouvoir se désintéresser, suivant la force de leurs titres respectifs, sur le prix à payer par le successeur du cédant ou du défunt.

Supposons à présent le titulaire décédé. Ici tout est fort simple, et l'on peut dire d'un trait que les divers intéressés faisaient valoir leurs droits, suivant le rang que leur nature leur assignait, sur le prix que le successeur se voyait obligé de verser dans le patrimoine de l'ancien officier. Les créanciers, en effet, ne pouvaient plus exiger, comme dans le cas où leur débiteur était en vie, *quanti militia vendi posset*, mais seulement le prix tarifé par les Constitutions impériales, ou par la Compagnie à laquelle appartenait la milice dont le titre avait été rendu vacant par la disparition de l'officier, et qui était mis à la charge de celui qui le remplaçait. « ... *Post mortem eorum* (debitorum) », poursuit la Constitution 27, « (liceat creditoribus) *exigere quod pro iisdem militiis pro tenore communis militantium placiti, vel divinæ sanctionis tale præstantis beneficium, dari solet...* » (110) Et ce que Justinien vient d'exprimer relativement au cas spécial où il

(108) *Ubi supra*, col. 1111, 12.
(109) Cf. Constt. 6 et 7, *De distract. pign.*, C. Just., VIII, 28.
(110) Voy. le commentaire de Doneau sur ce texte, *ubi supra*, col. 1111, 13 et 14.

s'agissait d'un débiteur *negotiator* défunt, d'autres textes beaucoup plus généraux le répètent pour les bailleurs de fonds d'un *scriniarius* décédé *statutus* (111), et, d'une manière plus large, pour les autres créanciers (112), consacrant ainsi le droit de tous les intéressés. Si l'on se demande maintenant pourquoi, en cas de décès du titulaire, ses créanciers ne pouvaient pas prétendre au prix intégral de la milice, à l'*æstimatio tota militiæ*, et n'avaient pas le droit de poursuivre l'office entre les mains du successeur, la raison nous paraît en avoir été très-exactement donnée par Doneau (113) : c'est que l'ancienne *militia* qui formait leur gage a disparu ; le titre s'est évanoui par la mort du titulaire, et, comme le dit Anastase (114), *vacat locus,* en ce sens que le titre était attaché à la personne du défunt. Il résultait de là que l'office du successeur était un office nouveau qui, par suite, ne pouvait être atteint par l'action des créanciers. Mais, d'autre part, si la *summa* due par le successeur *pro solatio militiæ amissæ* était attribuée aux créanciers de l'ancien officier, cela tenait à ce que cette somme était, en quelque sorte, un résidu de l'ancienne milice, la seule partie et le seul avantage qui en subsistât, et qui devait, par là même, suivre le sort et avoir la même destinée qu'avait la charge elle-même, c'est-à-dire former le gage suprême des différents intéressés.

Une observation finale nous reste à présenter. Elle a trait au point de savoir contre qui les créanciers pouvaient agir, pour obtenir la somme due *pro militia vacante.* Il faut répondre que c'était contre le successeur qui remplaçait le titulaire défunt, et par l'action hypothécaire, si l'ancienne milice leur avait été hypothéquée. N'oublions pas, seulement, que l'action quasi-servienne

---

(111) Const. 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19. Il faut toujours avoir soin de joindre à ce texte la Constit. 7, *eod.*, qu'il vise et à laquelle il renvoie.

(112) Novell. LIII, cap. v § 1.

(113) *Eod.*, coll. 1112, 15. Doneau raisonne spécialement sur la Constitution 27 ; mais on peut, sans inconvénient, par suite d'une identité de motifs, généraliser ce qu'il dit à propos du cas spécial dont elle s'occupe.

(114) Const. 11 précitée.

n'avait d'autre but que de réclamer du successeur le paiement de ce qu'il devait *solatii nomine*.

Mais ici se place une remarque fort importante. L'attribution faite par les Constitutions précitées du *solatium quod pro militia vacante dari solebat* aux créanciers du titulaire décédé, leur avait donné un droit à la perception et au versement de cette somme entre leurs propres mains. Que décider, par conséquent, dans le cas où le successeur l'aurait déjà comptée à d'autres personnes qu'aux ayants droit? Nous pensons qu'il ne se serait pas libéré, et cela parce qu'il aurait payé un *indebitum*. D'où la conséquence, qu'il aurait dû céder à qui de droit la *condictio indebiti* dont il était muni pour recouvrer ce qui avait été mal payé. Mais là devait s'arrêter son obligation, par suite de ce principe, que celui qui était simplement tenu à raison de ce qu'il avait une action, était libéré en la cédant. «..... *In omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro justa præstatione sit* », dit le jurisconsulte Scævola (115).

SECTION 2. — *Transmission des* militiæ venales *à titre gratuit.*

L'étude que nous venons d'épuiser, touchant la cession des milices par leurs titulaires et les droits que leurs différents créanciers avaient sur elles, n'est qu'une face de la vénalité, c'est-à-dire de la faculté de disposer de sa chose de son vivant, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Pour compléter l'examen de cette question, il nous faut indiquer sommairement les règles qui gouvernaient les dispositions à titre gratuit, dont les *militiæ venales* pouvaient être l'objet.

Or, à Rome, les dispositions de ce genre, à titre particulier, étaient de deux sortes, ou, pour mieux dire, se divisaient en deux grands genres. Elles se faisaient :

---

(115) L. 51, *De pecul.*, D., XV, 1. *Junge :* LL. 16 § 7, 20 § 17, fr. Ulp., *De hered. petit.*, D., V, 3; L. 2 § 3, fr. Ulp., *De hered. vel act. vend.*, *eod.*, XVIII, 4. — Sur les deux derniers points dont il vient d'être question, voy. Doneau, *ubi supra*, coll. 1112 *in fine* et suiv., 18.

Par acte entre-vifs, c'est-à-dire par donation;

Par acte de dernière volonté, c'est-à-dire par legs ou fidéicommis.

C'est à chacune de ces deux manifestations de la volonté libérale du disposant, que nous consacrerons la fin de ce paragraphe.

Article 1er. — *Des donations de milices entre-vifs et à cause de mort.*

Les donations de milices ne font, à notre connaissance, l'objet spécial d'aucun texte du droit romain. Mais que la pratique ne les ait point ignorées, c'est ce qui nous sera prouvé d'ici peu, lorsque nous parlerons de la *collatio*.

Il est assez probable qu'elles restèrent régies par les principes généraux des donations de choses ordinaires, et que tel est peut-être le motif pour lequel les textes sont muets à leur égard. Ce n'est pas à dire, cependant, qu'ici encore, la nature si particulière du bien donné ne nécessita pas quelques dérogations aux règles habituellement suivies. A ce point de vue, il est fort regrettable d'être privé de détails, ce qui impose toujours à l'interprète plus soucieux de faire de l'histoire que du roman, une prudence et une réserve extrêmes. Aussi bien, dans la recherche très-rapide à laquelle nous allons nous livrer des exceptions qui durent être apportées au droit commun en cette matière, nous montrerons-nous d'une sobriété qui nous semble s'imposer.

Nous distinguerons les donations entre-vifs et les donations à cause de mort.

A. — *Donations entre-vifs de militiæ venales.*

D'après le droit commun, les donations entre-vifs pouvaient être faites purement et simplement (116), à terme certain ou incertain, suspensif ou extinctif (117), sous condition suspensive

(116) L. 1 pr., fr. Julian., *De donat.*, D., XXXIX, 5.
(117) Const. 2, *De donat. quæ sub modo*, C. Just., VIII, 55.

ou résolutoire (118). Tantôt elles constituaient une pure libéralité, tantôt une libéralité rémunératoire, tantôt une semi-libéralité, lorsqu'elles étaient faites *sub modo*, c'est-à-dire lorsque le bénéfice qui en résultait était mélangé de certaines charges qui l'accompagnaient et le diminuaient d'autant (119). Irrévocables à l'origine, une Constitution de l'empereur Philippe (244-249) décida, la dernière année de son règne, que, faites de patrons à affranchis, les donations seraient toujours révocables à volonté (120). Plus tard, elles devinrent sujettes à révocation, par restriction à l'égard de l'affranchi, en l'année 355, au seul cas de survenance d'enfant au patron qui avait disposé sans en avoir (121), par extension à l'égard des descendants, d'abord au cas d'ingratitude de leur part, au profit du père et de la mère. en 349, et de tous les ascendants, en 426 (122), et, en dernier lieu, sous Justinien, à l'égard de tout donataire coupable d'ingratitude (123). Enfin, les donations entre-vifs pouvaient se faire *dando, promittendo, liberando* ou *delegando* (124).

---

(118) L. 1 pr. précitée, *De donat.*

(119) Mais il fallait que ces charges fussent imposées au donataire au moment même de la donation. (Const. 4, *De donat. quæ sub modo*, C. Just.)

(120) *Fr. Vatic.*, § 272.

(121) Const. 8, *De revoc. donat.*, C. Just., VIII, 56.

(122) Constt. 1 et 6, *De revoc. donat.*, C. Th., VIII, 13; Constt. 7 et 9, *h. t.*, C. Just. La dernière de ces Constitutions porte une date fausse (430) dans le C. Just.

(123) Const. 10, *eod.*, C. Just.

(124) Ces quatre modes étaient possibles dans les donations de milices. Le premier, qui devait être le plus fréquent, et dont nous avons déjà rencontré des exemples dans les textes (Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14; Novell. CXXXVI, cap. II), supposait essentiellement que le donateur était titulaire de la charge, ou qu'il l'avait acquise pour en faire investir le donataire, son fils par exemple. — Quant à la donation d'une milice *promittendo*, elle se réalisait par l'engagement de procurer gratuitement une milice au futur donataire. — La donation faite *liberando* se produisait dans le cas où le donateur faisait remise gratuite de la dette contractée envers lui par le bénéficiaire, ou acquittait celle dont le titulaire était tenu envers le cédant ou le bailleur de fonds. — Enfin, la donation faite *delegando* avait lieu quand, par voie de promesse personnelle, le donateur s'engageait *animo novandi*, ou faisait engager son débiteur envers le créancier du donataire; ou encore lorsqu'il donnait ordre à son débiteur de s'engager envers le donataire à lui compter le prix de la charge. — Comme on le voit, c'était, comme toujours, beaucoup moins la milice elle-même qui faisait l'objet de la donation, le titre n'étant pas dans le commerce, que la finance de l'office vénal. — Nous ajouterons les deux observations suivantes. C'est d'abord que le droit spécial établi par la loi *Cincia* dut rencontrer en notre matière fort peu d'appli-

La règle de l'irrévocabilité absolue de la transmission de la milice, relativement à celui qui s'en dépouillait, une fois que le Prince avait nommé son successeur, ne pouvait se plier à quelques-uns des principes qui viennent d'être rappelés. De là cette conséquence, que les parties ne pouvaient insérer, dans leur convention, aucune clause qui aurait impliqué ou aurait pu amener la résolution de la cession. Par conséquent, était impossible toute donation de milice faite à terme extinctif ou sous condition résolutoire. Il convient d'y joindre la donation *sub modo*, en tant, du moins, que le donateur aurait usé du *jus pœnitendi*, en cas

---

cation ; car il est très-probable que, le plus souvent, la donation de la milice du titulaire s'adressait à une *persona excepta;* de plus, la nature de la chose donnée s'opposait au libre jeu des règles introduites par cette loi, lorsque la donation, dépassant le *modus* inconnu qu'elle fixait, avait lieu *dando* au profit d'une *persona non excepta*. En pareille hypothèse, nous pensons que le Pouvoir devait faire respecter ses prescriptions, soit en refusant l'investiture, soit en imposant au nouveau titulaire l'obligation de payer au cédant une somme égale à tout ce qui dépassait le *modus*. C'est là, toutefois, une pure conjecture.

Nous remarquerons, en second lieu, qu'après l'apparition de la théorie de l'insinuation sous Constance Chlore (Const. 1, *De sponsal.*, C. Th., III, 5), l'autorité devait, sans doute, veiller à ce que la donation fût insinuée avant la collation du titre, et refuser l'investiture jusque-là ; sinon on ne voit pas quelle aurait été la sanction de l'inobservation de cette formalité qui ne pouvait assurément pas être ici la nullité, comme dans les cas ordinaires, à moins, peut-être, que cette sanction n'ait consisté dans la suspension du donataire jusqu'à ce qu'il ait obéi à la loi, ou dans sa destitution, ou enfin dans l'obligation à lui imposée de payer le prix de la charge à celui qui s'était démis en sa faveur. Seulement, on ne voit trace de cela nulle part, et il était beaucoup plus simple d'employer le premier procédé toutes les fois qu'on le pouvait, c'est-à-dire toutes les fois que l'administration savait que la cession s'opérait à titre gratuit.

Du reste, l'insinuation n'ayant plus eu lieu, par la suite, que pour les donations supérieures à deux cents solides, et à cinq cents sous Justinien (§ 2, *De donat.*, Inst., II, 7; Const. 36 § 3, *eod.*, C. Just., VIII, 54), il en résulta que bien des donations de milices vénales échappaient à cette formalité, notamment, à l'époque de Justinien, celles des *militiæ* des *adjutores quæstoris*, tarifées, on le sait, à cent solides (Novell. XXXV), auxquelles il convient de joindre aussi les donations faites par l'Empereur (Const. 34 pr., *De donat.*, C. Just.), donations dont le chap. II de la Novelle CXXXVI nous a donné un exemple. (Voy. à la fin de cet article, 2°, p. 573.) D'un autre côté, l'omission de cette formalité, n'emportant plus, sous ce prince, la nullité que pour le surplus (Constt. 34 pr. et § 1, 35 § 3, et 36 § 3, *De donat.*, C. Just.), le donateur ou tous les autres intéressés auraient pu l'invoquer, en réclamant du titulaire investi et pourvu une somme égale à celle jusqu'à concurrence de laquelle il était en faute et avait manqué à l'exécution de la loi ; car, de la sorte, l'officier n'en aurait pas moins conservé son titre, et aucune atteinte n'eût été portée à l'irrévocabilité de la transmission. Mais, nous le répétons, nous tenons pour très-probable que le titre n'était octroyé qu'après l'accomplissement des formalités légales.

d'inexécution, pour reprendre sa chose, par une *condictio ob rem dati* (125), le seul moyen de contrainte qu'il avait au début à son service, ou qu'il aurait préféré, comme il en fut plus tard le maître, redemander le bien donné par voie de *vindicatio utilis* (126), au lieu de poursuivre l'exécution du *modus* par l'action *præscriptis verbis* (127). De telle sorte que nous arrivons à cette conclusion, que la donation d'une milice ne comportait de *modus* que dans deux séries de cas :

D'abord, au profit du donateur, à la condition que celui-ci pût user de l'action *præscriptis verbis* (128), et qu'il négligeât la voie de la *vindicatio utilis ;*

En second lieu, en faveur des tiers, lorsqu'ils furent munis d'une action *ex stipulatu utilis* (129) pour réclamer l'exécution de la charge, et à la condition que celle-ci ne consistât pas, de la part du donataire, à restituer la milice au second bénéficiaire, au bout d'un certain laps de temps (130).

Les déductions qui précèdent doivent-elles nous conduire à nous décider également dans le sens de l'exclusion absolue des diverses causes de révocation admises par le droit commun ? Il le semblerait au premier abord. Nous pensons, toutefois, qu'il était, ici encore, possible, tout en respectant l'irrévocabilité de la cession faite, de venir au secours du donateur à qui survenait un enfant ou envers lequel le donataire se montrait ingrat (131).

---

(125) Constt. 2 et 8, *De condict. ob caus. dat.*, C. Just., IV, 6.

(126) Const. I, *De donat. quæ sub modo*, C. Just., VIII, 55.

(127) L. 28, fr. Papin., *De donat.*, D., XXXIX, 5 ; Constt. 9 et 22, *eod.*, C. Just., VIII, 54.

(128) Cela lui était parfois impossible ; c'est ce qui avait lieu, si le *modus* consistait dans une simple défense faite au donataire, une défense d'aliéner par exemple. (Const. 3, *De condict. ob caus. dat.*, C. Just.)

(129) Const. 3, *De donat. quæ sub modo*, C. Just.

(130) Sur la résolution pour inexécution des charges, voy. d'une manière générale la thèse de doctorat de M. J. Léveillé, *De la résolution pour inexécution des charges.*

(131) Justinien a le grand tort de compter l'inexécution du *modus* au nombre des causes d'ingratitude (Const. 10, *De revoc. donat.*, C. Just., VIII, 56). Voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, p. 756, note 2.

Nous conjecturons avec M. Durand (132) que, dans ces deux hypothèses, il fut vraisemblablement admis que le donataire perdait le bénéfice de la transmission gratuite opérée à son profit. Seulement, celui-ci tenant son titre, non pas du donateur, mais du collateur, il en résultait que la *condictio ex lege*, par laquelle s'exerçait le droit de révocation, n'avait pas pour but de faire rentrer dans le patrimoine du donateur l'objet même de la libéralité, c'est-à-dire la milice, comme cela avait lieu en matière ordinaire, alors du moins que le donataire était encore nanti de la chose (133), mais bien de faire payer par le bénéficiaire la valeur de la *militia* dont il restait forcément en possession.

Passons maintenant aux donations à cause de mort (134).

B. — *Donations mortis causa de militiæ venales.*

D'après le droit commun, ces donations ne devenaient jamais parfaites qu'après la mort du donateur, et se trouvaient soumises à une double cause de révocation : soit naturelle, par son repentir ; soit essentielle, par sa survie (135), le donateur pouvant, en ce dernier cas, disposer dans la prévision générale de sa mort (ou de celle d'un tiers), à quelque époque qu'elle dût arriver, ou dans celle d'un danger de mort déterminé (pour lui ou pour un tiers) (136). Quant au prédécès du donateur, il pouvait être apposé, tantôt comme condition suspensive positive, expresse ou tacite, suivant la nature de l'acte qui avait donné une existence juridique à la la convention, de façon que, jusque-là, le donataire ne

(132) *Op. cit.*, n° 46, p. 39. Tel était aussi l'avis de M. de Tourville, p. 85 de son manuscrit.

(133) La *condictio ex lege* accordée au donateur pour exercer la révocation, était, en effet, une simple action personnelle, qui ne pouvait, par conséquent, préjudicier, ni aux aliénations, ni aux droits réels consentis par le donataire. (Const. 7, *De revoc. donat.*, C. Just., VIII, 56.) Elle ne présentait donc de particularité en notre matière, qu'alors seulement que le donateur agissait en révocation, avant que le donataire eût lui-même disposé de la milice, par cession onéreuse ou gratuite.

(134) Sur les donations à cause de mort, voy. M. E. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, Paris, 1870.

(135) LL. 13 § 1, fr. Julian., 32, fr. Ulp., et 35 § 4, fr. Paul., *De mort. caus. donat.*, D., XXXIX, 6.

(136) Paul., *Sentent.*, III, 7 §§ 1 et 2; LL. 3 à 7 exclus., ffr. Paul., Gaius et Ulp., et L. 18 pr., fr. Julian., *De mort. caus. donat.*, D.

retirerait aucun profit de la donation, et tantôt comme condition résolutoire négative (137), de manière que, *hic et nunc*, le bénéficiaire recueillait tous les avantages de la donation, sauf à ses héritiers à restituer l'objet sur lequel elle portait, en cas de prédécès de sa part, à son bienfaiteur. Enfin ces donations pouvaient s'opérer par dation, promesse, libération ou délégation, sous la seule réserve que la nature du mode employé s'accommodât de la condition suspensive ou résolutoire du prédécès du donateur. Ajoutons qu'en ce qui concerne la convention, elle était toujours de plein droit, ou confirmée par le prédécès du donateur, ou anéantie soit par la volonté du disposant, soit par sa survie au donataire, et qu'en ce qui touche l'acte juridique, le *negotium* qui avait servi à la réaliser, si les parties en avaient subordonné l'effet à la condition suspensive du prédécès du donateur, la survie du donataire faisait naître son droit, comme son prédécès en entraînait la ruine ; si, au contraire, le *negotium* avait été pur et simple, la survie du donataire assurait l'irrévocabilité de son droit acquis *ab initio*, comme son prédécès, sans résoudre ce droit *ipso jure*, obligeait ses héritiers à une restitution.

On pressent déjà, par les explications que nous avons données à propos de la vente et des donations entre-vifs, à savoir que la nomination du nouveau titulaire d'une milice, et que la collation du titre l'en investissaient définitivement et en dépouillaient irrévocablement le cédant, on pressent, disons-nous, qu'il y eut ici encore des restrictions à l'application régulière du droit commun. Que toute donation *mortis causa* d'une *militia venalis* sous condition suspensive ait été possible, cela n'est pas douteux, puisque la nomination du successeur était, en ce cas, reculée jusqu'après la mort du donateur ou d'un tiers, c'est-à-dire jusqu'à une époque où l'arrivée de la condition permettait précisément de consacrer l'irrévocabilité de la collation. Mais, à l'inverse, il est également hors de conteste, que la même donation, faite sous

(137) L. 2, fr. Ulp., *eod.*

condition résolutoire ou avec faculté pour le donateur de révoquer *ad nutum*, était absolument inadmissible, puisque le résultat du prédécès du donataire, ou de l'exercice de la faculté réservée au donateur, aurait été de dépouiller l'officier de son titre, pour en investir de nouveau, et cela directement, c'est-à-dire sans l'intervention de l'autorité, soit le cédant, soit une tierce personne.

De deux hypothèses particulières de donations de milices.

Cette théorie générale des libéralités entre-vifs ou à cause de mort, qui pouvaient porter sur des *militiæ venales*, doit être complétée par la mention de deux cas tout spéciaux de donations de ces charges :

1° Les textes nous indiquent d'une façon assez transparente que, le plus souvent, la donation émanait d'un père qui disposait de sa propre milice en faveur de l'un de ses enfants, en se démettant à son profit de son titre, ou qui achetait à un tiers en exercice une *militia*, pour en faire investir son fils (138). Mais une question assez embarrassante se pose à ce sujet. Est-ce qu'une opération du genre de celles dont nous venons de parler, et qui ne présentait pas de difficulté d'exécution quand elle s'adressait à un enfant émancipé, était possible en supposant que le donataire fût encore *filiusfamilias* et qu'il se trouvât sous la puissance de son père donateur? Il semble bien que non, et un principe élémentaire paraît devoir s'y opposer : celui d'après lequel, en droit classique, toutes les acquisitions du *filiusfamilias in potestate* se réalisaient, si l'on fait abstraction de celles qui concernaient son pécule *castrense*, pour le compte du *paterfamilias*. Cette règle rappelée, n'allons-nous pas nous trouver dans une véritable impasse? Car, si nous en faisons l'application à la matière qui nous occupe, nous aboutissons à ce résultat que la milice allait être acquise au donateur lui-même, ce qui constituerait une absurdité doublée d'une impossibilité, puisque nul ne peut se donner à soi-même, que le titulaire seul de l'office

(138) Const. 27. *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14; Novell. CXXXVI, cap. II.

pouvant en disposer, lui seul aussi peut en être propriétaire, et qu'enfin le titre de la milice est inséparable de sa propriété. Or, c'est ce qui n'aurait pas lieu ici, puisque le *filius* serait titulaire, et le *paterfamilias* propriétaire de la milice.

Le *paterfamilias* ne faisait-il donc rien d'utile et de valable dans les hypothèses prévues? Sans doute, si, dans le droit classique, la donation faite par un père de famille à son fils *in potestate* était gouvernée par les règles des pécules, et si, à ce titre, l'objet donné ne devenait la propriété du *filius* que lorsqu'il était émancipé, sans que son pécule lui eût été expressément retiré (139), ou que quand le père donateur avait confirmé sa libéralité par une disposition testamentaire (140), on admit plus tard, dans le troisième siècle, et précisément à l'époque du développement des milices, que le silence du *paterfamilias*, prolongé jusqu'à sa mort, emporterait confirmation de la donation (141). Sans doute encore, Justinien décida que si la donation avait été insinuée, ou était affranchie de cette formalité, le silence du père de famille jusqu'à sa mort la confirmerait, et qu'elle serait considérée comme donation entre-vifs du jour même de sa confection; et que si, au contraire, l'insinuation, bien que nécessaire, avait été omise, elle ne vaudrait, pour la quantité excédant cinq cents solides, que par une confirmation testamentaire et seulement comme donation *mortis causa* (142). Mais aucun de ces tempéraments ne pouvait concorder avec l'irrévocabilité indispensable aux transmissions des *militiæ venales*, même, comme nous l'avons vu, dans les donations à cause de mort; car tous comportaient un *alea* qui était incompatible avec le caractère spécial de cette propriété si particulière. Il fallait donc déclarer que la donation d'une

(139) L. 31 § 2, fr. Papin., *De donat.*, D., XXXIX, 5.

(140) *Fr. Vatic.*, § 294.

(141) Il résultait de là, que le juge de l'action *familiæ erciscundæ* devait adjuger hors part les biens donnés à l'enfant donataire, sauf réduction, en cas d'excès, de la donation comme inofficieuse. (Const. 2, *De inoff. donat.*, C. Just., III, 29; *Fr. Vatic.*, §§ 274 et 281.)

(142) Const. 25, *De donat. int. vir. et uxor.*, C. Just., V, 16.

milice, faite par un *paterfamilias* à son *filius in potestate*, ou bien ne valait rien, ou bien était, par exception, valable *ab initio* comme donation entre-vifs, dès à présent irrévocable. De ces deux solutions, nous ne croyons pas qu'il soit trop téméraire d'adopter la seconde, et voici quels sont les motifs qui nous portent à le décider ainsi :

D'après les principes généraux, la milice léguée à un fils de famille aurait dû appartenir au *paterfamilias*. Or, un texte formel d'Ulpien, dans lequel on va trouver la confirmation des idées précédemment émises, touchant la nature propre des *militiæ*, nous prouve qu'ici, on faisait brèche aux règles ordinaires. Nous le citons en entier, quoique la seconde hypothèse qu'il prévoit soit la seule qui nous intéresse, pour montrer l'antithèse qu'il établit entre elle et la première. « *Si quid minori fuerit filiofamilias legatum post mortem patris, vel fideicommissum relictum ; et captus est, forte dum consentit patri paciscenti, ne legatum peteretur : potest dici, in integrum restituendum : quoniam ipsius interest, propter spem legati : quod ei post mortem patris competit. Sed et si ei legatum sit aliquid, quod personæ ejus cohæret, puta jus militiæ : dicendum est, posse eum restitui in integrum : interfuit enim ejus non capi, cum hanc patri non adquireret, sed ipse haberet.* » (143) Si donc, comme le montre clairement cette loi, le *filius in potestate* n'acquérait pas à son père la milice léguée, pourquoi lui aurait-il plutôt acquis la milice donnée? On n'en aperçoit aucune bonne raison. N'était-il pas vrai de dire, dans la donation comme dans le legs, que la *militia cohærebat personæ filii militantis*, et que, dès lors, l'acquisition n'en pouvait profiter qu'à son titulaire? Partant de là, nous demandons pourquoi le fils de famille n'aurait pas pu acquérir une milice par donation, aussi bien de son père que d'un tiers, puisque, dans un cas comme dans l'autre, il devait l'acquérir pour lui-même? — N'était-il pas d'ailleurs tout naturel et très-logique, après

(143) L. 3 § 7, *De minor. XXV ann.*, D., IV, 4.

la création du pécule *quasi castrense* par Constantin, que le fils de famille eût en propre, non-seulement tout ce qui lui parvenait par suite de l'exercice des fonctions de la milice, mais encore la *militia* elle-même, qui était la source de ces acquisitions soustraites et comme dérobées à son profit au patrimoine de son *paterfamilias ?* Ne devait-il pas en être pour lui, comme pour le fils de famille militaire, qui voyait entrer dans son pécule *castrense*, non-seulement ce qu'il avait pu gagner au service, solde, butin, etc., ainsi que les libéralités de tous genres à lui faites en considération de sa qualité de *miles,* mais encore ce qui lui avait été donné, même par le *paterfamilias*, à son départ pour le service, afin de subvenir aux frais et aux besoins de sa mise en campagne (144) ? — Faisons enfin valoir cette dernière considération qui, à elle seule, ne serait ni suffisante, ni décisive, mais qui, jointe aux précédentes, vient les corroborer : c'est que les textes qui parlent d'acquisition de milice faite par un père pour son fils (145), ne font jamais allusion, au milieu des nombreux détails qu'ils nous donnent en général sur l'espèce prévue et réglée, à cette circonstance que le bénéficiaire n'était pas en la puissance paternelle du donateur ; il en est de même dans les textes de Justinien qui assujettirent, en 528, les donations faites *occasione militiæ* ou *ad militiam emendam* à l'imputation sur la légitime (146), et les soumirent, en 529, à la *collatio* ou rapport à la succession *ab intestat* du défunt (147). Bien mieux : une Constitution d'Anastase (148), que nous retrouverons en nous occupant du rapport (149), soustrait à cette double obligation les milices vénales des *silentiarii* dont les parents leur avaient fait donation, ainsi que

(144) LL. 4 pr., fr. Tertyll., et 11, fr. Macer, *De castr. pec.*, D., XLIX, 17.

(145) Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14 ; Novell. CXXXVI, cap. II.

(146) Const. 30 § 2, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28.

(147) Const. 20 pr., *De collat.*, VI, 20.

(148) Const. 5, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16. Justinien confirma plus tard les deux grands bénéfices qu'elle contenait par sa Const. 30 § 2 précitée, relativement à l'imputation, et, d'une manière générale, par la dernière phrase du chapitre V de sa Novelle LIII.

(149) Voy. *infra*, § 3, section 2.

tous les bénéfices et avantages par eux recueillis à cette occasion, *etsi genitorum suorum in potestate sint constituti.* On peut, dès lors, sans trop se hasarder, conclure qu'un fils de famille en puissance pouvait recevoir, même du *paterfamilias*, la donation d'une milice.

2° La seconde espèce de libéralité que nous avons annoncée, ne nécessite qu'une mention pure et simple, sans aucun commentaire. La donation d'une milice vénale pouvait émaner, non pas seulement d'un tiers, qui était lui-même titulaire de la charge, ou qui avait traité avec le prédécesseur, pour en faire investir gratuitement le cessionnaire : elle pouvait encore procéder du Prince (150), qui devait y trouver un nouveau moyen de crédit. Sans que les textes nous fournissent de renseignements à cet égard, il ne faut pas beaucoup d'imagination pour découvrir qu'une pareille libéralité (*largitas*) pouvait se produire dans deux circonstances différentes qu'il suffit d'indiquer, sans insister davantage : le donataire était nommé ou bien à une *militia venalis* de création nouvelle, ou bien à une milice dont l'empereur avait, au préalable, désintéressé le titulaire. C'est à une donation de ce genre, et très-probablement réalisée par le second procédé, que fait allusion Justinien dans le chapitre II de sa Novelle CXXXVI, quand il nous dit que les *militiæ* exercées par les fils des emprunteurs seront obligées envers les *argentarii* de Constantinople, « *nisi manifestissime ab ipsis comprobetur, quod vel ex maternis filiorum bonis vel ex principali largitate militia ipsis accesserit.* »

Article 2. — *Des legs et fidéicommis de milices* (151).

Les legs et fidéicommis des milices vénales sont l'objet presque exclusif des textes du Digeste relatifs à notre matière ;

---

(150) Voy. *supra*, note 124 *in fine*.

(151) Voy., sur le *legatum militiæ*, Von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 7e éd., II, § 525, pp. 434 et suiv., Marburg et Leipzig, 1869.

les jurisconsultes de qui ils émanent nous attestent, par là même, la fréquence des dispositions testamentaires portant sur des *militiæ venales*. Ce fait est très-caractéristique, et nous permet de tirer une conséquence de l'absence complète de lois concernant les donations entre-vifs. C'est qu'à Rome, comme chez nous, on n'aimait pas à se dépouiller de son vivant ; de tout temps, les libéralités ont été plus aisées et moins onéreuses à l'homme, lorsqu'elles ne doivent produire leur effet qu'après sa mort. Peu lui importe qu'elles grèvent son héritier, si elles ne pèsent pas sur lui. C'est pour la charité un moyen si commode de se produire et de répandre des bienfaits sans avoir à en souffrir, même dans son amour-propre, puisqu'il n'a à redouter ni la chaleur ni l'hypocrisie des remerciements ! Combien plus il est facile de préférer un bénéficiaire à ses représentants que de préférer un donataire à soi-même ! Et combien plus légère est la générosité d'outre-tombe, qui ne coûte rien, que la bienfaisance pendant la vie !

Parmi les textes que nous avons à passer en revue, nous allons en trouver deux classes : les uns ne contiennent que des applications du droit commun des legs et des fidéicommis ; nous n'aurons qu'à les mentionner ; — d'autres nous indiquent quelques règles spéciales nécessitées par la nature même des milices : sans avoir à nous appesantir bien longtemps sur eux, puisque les explications qui précèdent nous en ont facilité l'intelligence, nous aurons cependant à les étudier d'un peu plus près que les précédents.

Un premier principe à rappeler, c'est que les legs pouvaient, à Rome, avoir pour objet, soit une chose appartenant au testateur, soit une *res aliena*, et que, suivant que l'on se trouvait dans l'une ou l'autre de ces deux hypothèses, la forme de la disposition variait, et avait lieu, en droit classique, soit *per vindicationem*, soit *per damnationem*, soit *sinendi modo*, soit enfin *per præceptionem ;* quatre espèces de legs qui, après des modifications successives, furent définitivement réduites à une seule par Justi-

nien (152), lequel amena ainsi l'unité dans la législation, unité qu'il appelle quelque part (153), dans un langage un peu prétentieux, mais exact, *simplicitas legibus amica.*

Que ces quatre formules de legs aient pu être employées par le testateur qui laissait une milice à une personne de son choix, cela n'est pas sérieusement contestable, bien que nous manquions de documents précis en ce qui concerne les legs *sinendi modo* et *per præceptionem.* Mais on va voir, par une analyse rapide des principes, que rien ne s'opposait à ce qu'une milice vénale fût léguée par l'un des quatre modes dont l'énumération précède. On pourrait d'ailleurs invoquer en ce sens un texte de Celsus (154), dans lequel le jurisconsulte parle un langage extrêmement général. Il nous présente, en effet, une espèce dans laquelle « *Lucius Titius in testamento suo Publio Mævio militiam suam reliquit...* »

a. — En ce qui concerne le legs *per vindicationem,* Scævola le prévoit formellement : « ... *Testator liberto militiam his verbis legavit : Seio liberto meo militiam do lego illam, quam militiam et testator habuit.....* » (155) L'effet d'un pareil legs était de faire passer, *recta via*, la *militia* du patrimoine du testateur dans le patrimoine du légataire, en ce sens que le légataire pouvait se faire investir sans aucune participation de l'héritier.

b. — En ce qui touche le legs *per damnationem*, nous n'avons plus que des arguments d'analogie, mais assez puissants, pour ne pas faire hésiter sur son admission. En effet, le même jurisconsulte Scævola nous soumet une hypothèse, dans laquelle une milice fait l'objet d'un fidéicommis à titre particulier. Or, c'était là une disposition qui, à l'instar du legs *per damnationem*, pouvait se référer à une *res aliena.* Tel est même le cas sur lequel raisonne à deux reprises Scævola : « *Alumno præcepit militiam*

---

(152) Const. 1, *Comm. de leg.*, C. Just., VI, 43 ; § 2, *De leg.*, Inst., II, 20.
(153) § 3a *in init.*, *De legit. adgnat. success.*, Inst., III, 2.
(154) L. 22, *De leg.* II, D., XXXI.
(155) L. 102 § 3, *De leg.* III, D., XXXII.

emi his verbis : Sempronio alumno meo illud et illud : et cum per ætatem licebit, militiam illam cum introitu comparari volo : huic quoque omnia integra. » (156) Et ailleurs (157) : « *Ab heredibus Stichum manumitti voluit, eique, si cum Seio moraretur, cibaria et vestiaria præstari a Seio ; deinde hæc verba adjecit : Te autem, Sei, peto, ut cum ad annum vicesimumquintum perveneris, militiam ei compares : si tamen te ante non reliquerit.* » Cela étant, si un testateur pouvait, par fidéicommis, laisser une milice à telle personne de son choix, évidemment il pouvait la lui léguer *per damnationem*. En pareille occurrence, l'héritier était tenu soit de faire investir gratuitement le bénéficiaire, soit de traiter avec un titulaire à qui il était obligé de payer sa démission en faveur du légataire, suivant que la milice léguée appartenait ou non au défunt. Il en faut dire autant, si la disposition consistait dans un fidéicommis.

Restent maintenant les formes *sinendi modo* et *per præceptionem*. Ici les textes font absolument défaut ; mais aucun principe n'empêchait leur emploi en notre matière ; la première, en effet, se rapprochait du legs *per damnationem* et finit même par lui être assimilée au temps de Gaius (158) ; quant à la seconde, plus ou moins large suivant l'interprétation des Proculiens ou des Sabiniens, on sait qu'elle fut assimilée, par un rescrit d'Hadrien, consacrant en cela la doctrine proculienne, au legs *per vindicationem* (159).

Comme toute autre chose, les *militiæ venales* pouvaient faire l'objet de legs purs et simples, à terme ou sous condition, mais toujours avec cette restriction, qu'il faut avoir soin de ne jamais perdre de vue, que le légataire devait être irrévocablement investi de la milice léguée. Par suite, tout legs de milice ne comportait que l'apposition de deux modalités : le terme *a quo* et la

(156) Même loi 102 § 2.
(157) L. 18 § 2, *De alim. vel cibar. legat.*, D., XXXIV, 1.
(158) Gaius, II, 213 et 214.
(159) Gaius, II, 221 et 222 ; Const. 12, *De legat.*, C. Just., VI, 37.

condition *sub qua*. De même, il est hors de conteste, quoique nous ne connaissions pas plus de texte sur ce point que sur l'autre, que le tempérament de la caution Mucienne (160) n'aurait pu s'appliquer au legs d'une milice, fait sans la condition négative et dépendant de la volonté du légataire, que celui-ci n'accomplirait pas un certain acte susceptible d'être exécuté par lui jusqu'au jour de sa mort : *Si in Capitolium non ascenderit, si in Asiam non ierit,* par exemple. On devait, en pareille hypothèse, ou rester dans la rigueur des principes, et considérer un semblable legs comme fait avec cette modalité permise *quum legatarius morietur,* ce qui aurait eu pour conséquence d'affecter la libéralité d'un terme destiné à ne la rendre exigible qu'après le décès du légataire (161), ou bien appliquer la théorie de la *cautio Muciana*, c'est-à-dire transformer la condition suspensive en condition résolutoire, et donner au legs une exécution immédiate, mais alors, avec cette modification essentielle, qu'elle garantirait aux intéressés, au cas de contravention à la condition, la restitution non pas de la milice elle-même, mais de sa valeur, comme nous avons pensé que cela se pratiquait en cas de révocation d'une donation entre-vifs, pour cause de survenance d'enfant ou pour ingratitude.

Nous possédons un texte déjà cité de Scævola (162), qui s'occupe spécialement d'une modalité apposée à une disposition testamentaire se référant aux milices vénales. Le jurisconsulte examine comment doit s'exécuter un fidéicommis à titre particulier, par lequel une *militia venalis* avait été laissée, dans les termes suivants, par un maître à un de ses esclaves qu'il avait chargé ses

(160) Voy. L. 7 pr., fr. Ulp., *De cond. et demonst.*, D., XXXV, 1.

(161) L. 4 § 1, fr. Ulp., *Quando dies legat.*, D., XXXVI, 2. Si l'apposition d'un *dies incertus* rend bien le legs conditionnel (L. 30 § 4, fr. Ulp., *De leg.* I, D., XXX; L. 75, fr. Papin., *De condit. et demonst.*, D., XXXV, 1), on sait que cette règle ne s'applique pas, quand le terme doit nécessairement arriver du vivant du légataire. Or, c'est ce qui a précisément lieu dans la formule *quum legatarius morietur :* le droit du légataire n'est pas, sans doute, exigible de son vivant, mais du moins est-il dès à présent certain.

(162) L. 18 § 2, *De alim. vel cibar. legat.*, D., XXXIV, 1.

héritiers d'affranchir : « *Ab heredibus Stichum manumitti voluit* (testator), *eique, si cum Seio moraretur, cibaria et vestiaria præstari a Seio ; deinde hæc verba adjecit : Te autem, Sei, peto, ut quum ad annum vicesimum quintum perveneris, militiam ei compares : si tamen te ante non reliquerit. Quæsitum est, Sticho statim libertatem consecuto, prius autem defuncto Seio, quam ad annum vicesimum quintum perveniret, an ab his, ad quos bona Seii pervenerunt, militia Sticho comparari debet ; et si placet deberi, utrum statim militia comparanda sit, an eo tempore, quo Seius annum vicesimum quintum expleturus fuisset, si supervixisset ?* »

L'espèce est fort simple. Voici les faits prévus : une personne avait prié ses héritiers d'affranchir l'esclave Stichus, et avait demandé que si Stichus restait avec Seius, celui-ci lui fournît le vivre et l'habillement. Puis, elle avait ajouté : Je désire, Seius, que lorsque tu auras vingt-cinq ans (c'est-à-dire lorsque tu seras majeur), tu lui achètes une milice, pourvu qu'il ne t'ait pas quitté auparavant. Dans cette situation, plusieurs questions furent posées au jurisconsulte. Stichus étant de suite parvenu à la liberté, mais Seius étant mort avant d'avoir atteint sa vingt-sixième année, ceux qui avaient recueilli les biens de Seius étaient-ils tenus de l'obligation qui incombait à leur auteur, d'acheter une milice à Stichus ? Voilà une première question. En supposant qu'elle ait reçu une réponse affirmative, elle en engendrait une autre : celle de savoir si la milice devait être acquise immédiatement, ou seulement à l'époque à laquelle Seius, s'il eût survécu, aurait ses vingt-cinq ans révolus. — Voici maintenant la réponse très-laconique de Scævola à la double question posée : « *Respondit, cum placeat comparandam : non ante deberi, quam id tempus cessisset.* » Ainsi, réponse affirmative sur le premier point : la milice est due ; mais réponse négative sur le second : elle n'est pas due tout de suite ; elle ne le sera qu'au jour où Seius aurait eu vingt-cinq ans.

Comme on le voit, le jurisconsulte considérait, d'une part, que

l'obligation imposée à Stichus de ne pas quitter Seius avant que ce dernier fût arrivé à l'âge indiqué, était réputée remplie, par cela seul qu'il était demeuré avec lui jusqu'à sa mort, et, d'autre part, que l'indication, pour l'acquisition de la milice destinée à Stichus, de l'époque à laquelle Seius atteindrait sa majorité, ne devait être considérée que comme un terme certain apposé à la libéralité, et non pas comme une condition défaillie (*Si le grevé meurt avant le temps fixé*). Ces décisions contiennent, à nos yeux, une interprétation de volonté très-raisonnable ; mais il ne faut pas y voir autre chose. Surtout, il faudrait se garder de les ériger en principes absolus ; car c'est parce que, dans l'espèce qui lui était soumise, Scævola a présumé que le testateur s'était plutôt proposé de reculer l'exigibilité du droit que d'en subordonner l'existence à une condition, qu'il a donné les deux réponses que nous savons, et dont la seconde était d'ailleurs commandée et entraînée par la première. Que s'il avait, au contraire, admis la présomption inverse, nous ne doutons pas que ses conclusions eussent été toutes différentes (163).

(163) C'est pourquoi nous estimons que les mots employés par le testateur : *si tamen te ante non reliquerit*, faisaient beaucoup plutôt, pour Scævola, allusion à un *modus* ou charge imposée au légataire, qu'ils ne se référaient à une véritable condition. En d'autres termes, il interprétait la volonté du disposant en ce sens qu'il avait grevé le légataire d'une charge à laquelle il avait imparti une certaine durée. Pour lui, le testament signifiait donc ceci : Seius, je te prie d'acheter une milice à Stichus, lorsque tu auras vingt-cinq ans, pourvu que Stichus soit resté avec toi jusque-là, c'est-à-dire à charge par lui de ne point t'avoir abandonné avant. Que si, en effet, les mots *si tamen*... avaient dû être entendus dans le sens d'une condition proprement dite apposée au legs, on fût retombé sous l'empire du droit commun, à moins de supposer que le jurisconsulte se fût ici écarté de la doctrine générale, ce que nous ne pensons pas. Or, quels étaient les principes en notre matière ? C'est que, lorsqu'une condition de donner ou de faire avait été imposée au légataire, et qu'elle ne pouvait recevoir son accomplissement qu'avec le concours d'un tiers, on la réputait bien accomplie, par cela seul que le tiers refusait son concours (L. 24, fr. Julian., *De condit. et demonst.*, D., XXXV, 1 ; L. 14, fr. Pompon., *eod.* ; L. 5 § 5, fr. Ulp., *Quando dies legat.*, D., XXXVI, 2), mais le même effet n'était pas produit, lorsque l'obstacle résultait d'un pur cas fortuit, sauf quand on était en présence d'un legs de liberté, dans lequel la condition était réputée accomplie, *favore libertatis*, lorsque son exécution devenait impossible sans le fait de l'esclave intéressé. Julien, Ulpien, Paul et Javolenus étaient formels sur tous ces points. (L. 16, *De manum. testam.*, D., XL, 4 ; LL. 19, 20 § 3, et 39 § 4, *De statulib.*, *eod.*, 7.) Il paraît, à l'inverse, probable que les choses se passaient autrement dans le cas où c'était un *modus* dont le légataire était grevé, en ce sens que son exécution étant rendue impossible par un cas fortuit quelconque, le légataire était libéré de son obligation sans perdre le bénéfice du legs. Tel est, sans

Si, maintenant, on fait varier l'hypothèse, et qu'on suppose que le testateur se soit ainsi exprimé : *Seio liberto meo militiam comparari volo, quum* XXV *annorum erit,* la présomption aurait changé et on aurait considéré que le disposant s'était proposé de subordonner l'existence même du droit à cette condition : Si Seius parvient à l'âge de vingt-cinq ans, et non plus simplement d'en retarder l'exigibilité. Telle est du moins la doctrine qui avait prévalu, et qui était certaine à l'époque d'Ulpien (164), mais qui n'alla pas sans controverse, puisque, contrairement à Gaius, qui l'avait adoptée, Javolenus la contestait, ainsi que lui-même nous le rapporte dans une loi que Justinien nous a conservée (165).

La contenance des legs a, de tout temps, donné lieu à de nombreuses questions. Il en fut de même à Rome. Que devaient-ils comprendre ? A quoi devaient-ils se restreindre ? Ce sont là autant de points que les jurisconsultes durent aborder. Des textes nous prouvent qu'ils ne furent pas étrangers aux legs des milices, et qu'ici encore la doctrine eut à s'en préoccuper.

Au point de vue, tout d'abord, du contenu du legs d'une *militia*, de son ampleur, Scævola nous indique, par une interprétation li-

---

doute, le sens d'un texte de Pomponius (L. 54 § 2, *De leg.* I, D., XXX), qui, envisagé comme se référant à une condition proprement dite, ne serait plus en harmonie avec les règles généralement admises. (Voy., en ce sens, M. Accarias, t. 1, p. 973, texte et note 2, et p. 974, A, 2°.) Du reste, c'était par interprétation de la volonté du disposant qu'on devait décider si le legs était affecté plutôt d'une condition que d'un *modus*, ou inversement. Dans l'espèce sur laquelle il avait à raisonner, Scævola avait adopté la seconde manière de voir, mais les textes ne manqueraient pas, pour fournir des hypothèses dans lesquelles c'était la présomption contraire qui l'emportait. On s'en convaincra en se reportant notamment aux deux lois précitées de Julien et d'Ulpien (L. 16, *De manum. testam.*, et L. 19, *De statulib.*, D.), où l'on rencontrera prévues deux espèces analogues la nôtre, au sujet desquelles ces jurisconsultes donnent chacun une solution identique et diamétralement opposée à celle de Scævola. Cela tient à ce qu'ils avaient reconnu une véritable condition apposée aux legs dont il s'agissait, et que, par sa défaillance, elle avait entraîné la ruine de ces dispositions. Au lieu donc de voir une antinomie entre toutes ces décisions, et un désaccord sur un point de doctrine entre les jurisconsultes, nous préférons trouver dans leur variété, moins des contrariétés et des divergences d'opinions, que des façons différentes d'envisager et de comprendre les cas multiples et toujours si divers, dont les difficultés étaient portées à leur appréciation.

(164) L. 49 pr. et §§ 1, 2 et 3, fr. Ulp., *De leg.* I, D., XXX.

(165) L. 54 pr., *De condit. et demonst.*, D., XXXV, 1.

bérale de la volonté probable du disposant, que le légataire était en droit de réclamer non-seulement la milice qui lui avait été léguée par le testateur titulaire, mais encore les frais faits pour s'en faire investir, tels, notamment, que les droits d'entrée payés soit aux chefs, soit aux membres de la compagnie à laquelle il allait appartenir : « ... *Testator liberto militiam his verbis legavit : Seio liberto meo militiam do lego illam, quam militiam et testator habuit : quæsitum est, an onera omnia et introitus militiæ* (166) *ab herede sint danda? Respondit, danda.* » (167)

D'un autre côté, Paul pose ce principe d'une importance capitale, relativement aux effets que nous allons lui voir produire, que : « *Cui militia legatur, æstimatio videtur legata.* » (168) Le jurisconsulte considérait donc que le legs d'une milice en comprenait aussi la valeur. De là cette conséquence importante par les résultats qu'elle engendre, que toutes les fois que le légataire, à raison d'une circonstance quelconque, ne pouvait pas obtenir la milice elle-même, le legs n'en était pas moins efficace, et s'exécutait par la prestation de la valeur de l'office (169). Cette formule générale nous conduit à certaines déductions notables, dont voici les principales :

1° Si le légataire mourait avant d'avoir été investi, mais, bien entendu, après le *dies cedens*, ses héritiers recueillaient l'*æstimatio militiæ ;* c'est à raison de cette hypothèse spéciale que Paul a eu l'occasion d'énoncer la règle précédente ;

2° Même solution, si le légataire n'était pas agréé par le Prince ;

---

(166) Ces *onera omnia et introitus militiæ* étaient, nous le savons, les frais de réception, les droits d'entrée ou de bienvenue. Ils constituaient donc de véritables charges pour celui qui devait les acquitter. Aussi ne saurions-nous souscrire à l'opinion de Cujas (*Ad Const. 7, De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19 ; *Opp.*, t. 8, col. 366, à la fin du commentaire), qui propose de remplacer *onera* par *honoraria*. Nous ne voyons pas en quoi l'emploi du mot *onus* est impropre. (Comp. les notes de D. Godefroy et de Pothier sur notre loi 102.) Loyseau avait de même critiqué la correction dont s'agit. (*Op. cit.*, liv. II, chap. VIII, n° 32.)

(167) L. 102 § 3, *De leg.* III, D., XXXII.

(168) L. 49 § 1, *De leg.* II, D., XXXI ; voy. Pothier, *Ad h. l.*

(169) Cf. L. 114 § 5, fr. Marcian., *De leg.* I, D., XXX.

3° Si après le *dies cedens*, mais avant l'investiture, la milice léguée était supprimée ; car *genera non pereunt* (170).

Ce principe n'était pas seulement avantageux pour le bénéficiaire du legs, mais le testateur lui-même pouvait y trouver son profit, à plusieurs égards ; car il lui permettait de disposer dans des conditions qui, à son défaut, auraient été d'une exécution impossible, ou eussent même entaché le legs de nullité. En effet, de ce que la valeur de la milice était due au légataire, s'il ne pouvait obtenir la charge elle-même, il faut conclure :

1° Que le testateur pouvait léguer sa propre milice sous-condition suspensive (*sub qua*), ou à terme suspensif (*a quo*) ; en pareil cas, si c'est l'*æstimatio* de la *militia* qui était due, cela tient à ce que le titre ne pouvait vaquer jusqu'à l'arrivée de la condition ou du terme ; il devait reposer sur la tête d'un titulaire en exercice, sous peine de voir la charge rester inoccupée (171) ;

2° Qu'il pouvait léguer sous une condition résolutoire (*ad quam*), ou à terme extinctif (*ad quem*) ; en pareil cas, il n'y avait que

---

(170) Cette solution n'est bonne qu'autant que le testateur n'avait pas exprimé sa volonté d'une façon explicite ; car, s'il avait formellement entendu restreindre le legs à la milice même, il est clair que nous serions ici en présence d'un cas fortuit (le fait du Prince) non imputable à l'héritier, et que, par conséquent, le legs serait éteint. (§ 16, *De leg.*, Inst., II, 20.) Toutefois, en ce cas encore, il convient de distinguer, suivant le droit commun, si la suppression est antérieure ou postérieure à l'arrivée du *dies cedens*. A-t-elle eu lieu avant, le légataire n'aurait pas droit à ce que l'on peut considérer comme les accessoires de l'office, appelés *commoda militiæ* par les textes (L. 22, fr. Celsus, *De leg.* II, D., XXXI), tels, par exemple, que les recouvrements restant à opérer, les salaires encore dus, à moins, toujours, que le testateur les ait expressément exclus, de semblables legs étant interprétés très-largement, ni ce qui est beaucoup plus important, à l'indemnité que le Pouvoir pouvait octroyer en compensation de la perte de la milice, dont il supprimait le titre, soit d'une manière absolue, soit d'une manière relative, et par rapport seulement au patrimoine de l'officier défunt, en en disposant par donation au profit d'un tiers. Que si, au contraire, l'événement dont nous parlons s'était produit après le *dies cedens*, le légataire aurait pu prétendre valablement à ces divers bénéfices. — Ajoutons que si le testateur avait légué une milice déjà supprimée lorsqu'il disposait, le legs aurait été nul comme portant sur une *res quæ in rerum natura non erat*. (§ 7, *De legat.*, Inst.)

(171) Si, au contraire, le testateur avait légué une milice dont lui-même n'était pas titulaire, rien n'empêchait sa disposition de recevoir une pleine et entière exécution : Scævola nous en a fourni deux exemples pour le terme. (L. 102 § 2, *De leg.* III, D., XXXII, et L. 18 § 2, *De alim. vel cibar. leg.*, *eod.*, XXXIV, 1.) Il ne faut pas hésiter à les étendre à la condition.

deux moyens de donner un sens pratique à la disposition ; c'était, ou bien d'effacer la modalité, de la tenir *pro non scripta*, selon le droit commun, comme constituant une impossibilité en notre matière (172), ou bien de respecter la volonté du défunt, mais en changeant alors l'objet du legs, et en procurant au bénéficiaire, non pas la milice elle-même, mais sa valeur, dont l'existence pouvait valablement dépendre de l'apposition de semblables modalités ;

3° Qu'il pouvait léguer une milice ne lui appartenant pas ; en pareil cas, il était réputé en avoir légué la valeur (173) ;

4° Enfin qu'il pouvait laisser une *militia* à toute personne, d'ailleurs capable de recueillir *jure communi*, se trouvât-elle dans un des cas soit d'incapacité absolue ou relative, soit d'incompatibilité, que nous avons énumérés (chap. II, § 2), à la condition, cependant, que le disposant ait connu la situation exacte dans laquelle se trouvait la personne gratifiée, ainsi qu'il résulte d'un texte d'Ulpien, que nous allons aborder dans un instant, et qui doit, pensons nous, être généralisé (174).

---

(172) L. 14, fr. Marcian., *De condit. instit.*, D., XXVIII, 7 ; L. 5 § 4, fr. Ulp., *Quando dies legat.*, *eod.*, XXXVI, 2.

(173) C'est là précisément ce qui permet de comprendre sans difficulté la validité du legs de la milice d'autrui ; car si, pour une raison ou pour une autre, l'*heres* ne pouvait pas acquérir la *militia*, il était tenu d'en compter la valeur au légataire. Il en était de même ici que du legs de bons de blé, *tesseræ frumentariæ*, ou du legs d'une *tribus*, consistant pour le grevé à faire entrer le légataire dans une des tribus urbaines : le droit d'y être incorporé était vénal ; comme on recherchait les avantages qui étaient attachés à la qualité de membre d'une de ces tribus, on avait trouvé pratique de les mettre à prix et d'en autoriser le trafic. Paul et Scævola nous ont laissé des exemples de dispositions testamentaires relatives à ces deux espèces de legs tout à fait spéciales. (LL. 49 § 1, et 87 pr., *De legat.* II, D., XXXI ; L. 35 pr., *De legat.* III, D., XXXII, le seul texte du *Corpus juris* relatif à un *legatum* portant sur le droit de tribu. — Voy., sur ces deux legs, Loyseau, *op. cit.*, liv. I, chap. I, nos 53 et suiv., 76 et suiv.) — Que, du reste, il faille se garder de confondre le legs d'une milice n'appartenant pas au testateur, avec le legs d'une autre *res aliena*, c'est ce que nous montrerons bientôt.

(174) Comp. Cujas, *Controvers. Joh. Roberti et Jac. Cujac.*, lib. III, cap. XI ; *Opp.*, t. 1, col. 1018 *in medio*. — Cette dernière conséquence résulte de ce qu'un semblable legs, pour emprunter le langage de Paul lui-même, dans un autre fragment que celui duquel elle découle, mais qui prévoit une hypothèse absolument assimilable à la nôtre, *magis in quantitate quam in corpore consistit*. (L. 87 pr., *in fine*, *coll. cum* L. 49 § 1, *De legat.* II, D., XXXI.) Or si, sans doute, le légataire est *tinespæ corporis*,

Un autre principe non moins essentiel que celui qui vient d'être analysé, et qui doit en être immédiatement rapproché, est posé par le même jurisconsulte Paul, à propos, il est vrai, non pas d'un *legatum militiæ* proprement dit, mais d'un legs que la combinaison de textes appartenant à cet auteur permet de lui assimiler complètement; aussi n'hésitons-nous pas à l'appliquer aux milices, et à dire en ce qui les concerne, comme en ce qui touche le *legatum tesseræ frumentariæ* qui est prévu dans le texte visé : *Tale legatum magis in quantitate quam in corpore consistit* (175). De cette règle, plusieurs conséquences fort importantes vont découler.

De droit commun, en vertu de la règle Catonienne, règle déraisonnable s'il en fut jamais, le legs était nul *ab initio*, si, étant pur et simple, il avait pour objet la chose même du légataire (176) ; mais il n'en était pas de même, si la chose léguée

---

c'est-à-dire ici *militiæ*, du moins peut-il ne l'être pas *quantitatis*, c'est-à-dire *ejus æstimationis*. Incapable, il est vrai, d'être titulaire d'une milice, et, par conséquent, de la recueillir par legs, il peut, à tout le moins, être valablement gratifié de sa valeur. — Que si l'on eût renversé la proposition et que l'on eût dit : *Legatum militiæ magis in corpore quam in quantitate consistit*, la solution aurait été diamétralement opposée, puisqu'on ne pouvait pas léguer valablement les choses qui étaient hors du commerce, soit d'une manière absolue, soit d'une manière relative, et à l'égard du légataire seulement, et qu'en pareille hypothèse, la nullité du legs était tellement absolue qu'elle était indépendante de la condition qui aurait pu affecter la disposition, ainsi que des évènements ultérieurs qui auraient fait tomber la chose dans le commerce, et qu'elle avait pour effet de rendre le légataire inhabile à demander même l'estimation de la chose. (L. 49 § 2, fr. Paul., *De legat.* II, D.; § 4, *De legat.*, Inst., II, 20.) On verra, par le premier des deux textes cités, que Trebatius admettait la validité du legs, alors que la chose était hors de commerce par rapport au légataire seulement; mais son opinion avait été rejetée avec grande raison, une chose ne pouvant être due qu'à celui qui peut en devenir propriétaire. Plus tard, le grand Accurse reprit la thèse de Trebatius ; elle n'eut pas plus de succès en France qu'à Rome, et Cujas la réfuta victorieusement. (Voy. Cujas, *Ad L. 34, De verbor. oblig.*; *Opp.*, t. 2, col. 956.)

Terminons par l'observation suivante : si l'on suppose que c'est l'héritier grevé qui se fût trouvé dans un des cas prévus au texte, alors que le légataire était capable d'exercer une milice, le legs aurait été parfaitement valable, conformément à la doctrine qui avait prévalu après controverse, et aurait pu s'exécuter, si l'on peut ainsi dire, en nature. (L. 49 § 3, *De legat.* II, D.)

(175) L. 87 pr., *De legat.* II, D., XXXI. On n'aura qu'à rapprocher cette loi de la loi 49 § 1, *eod.*, pour voir que notre assimilation n'a rien d'arbitraire.— Comp. notes 173 et 174, *supra*.

(176) L. 41 § 2, fr. Ulp., *De legat.* I, D., XXX; § 10, *De legat.*, Inst., II, 20. — Voy. sur la règle Catonienne, M. E. Machelard, *Etude sur la Règle Catoniennne en droit rom.*, dans la *Revue historiq. de droit fr. et étrang.*, n° de mai-juin 1862.

n'avait commencé à lui appartenir que depuis la confection du testament, soit du vivant du testateur, soit depuis sa mort, avant l'exécution de la disposition, à moins que le légataire ne l'eût acquise à titre gratuit. Car, *jure communi*, un principe des plus arbitraires voulait que tout créancier à titre gratuit, qui acquérait l'objet dû en vertu d'une cause également gratuite, perdît sa créance (177). De là, comme application particulière en matière de legs, l'extinction de la disposition testamentaire par l'acquisition gratuite de la chose au profit du légataire. « *Traditum est,* » disent à ce sujet les Institutes (178), « *duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse.* » Relativement au legs spécial d'une milice, si l'on avait appliqué cette donnée initiale, elle aurait entraîné les deux résultats suivants :

1° A supposer que le légataire de la milice d'autrui en fût devenu propriétaire par voie de donation entre-vifs, il n'aurait pas pu réclamer le legs (179) ;

2° La même milice ayant fait l'objet de deux dispositions testamentaires au profit de la même personne, si celui des deux legs qui aurait été exécuté le premier, lui avait procuré l'estimation, elle aurait bien, sans doute, conservé le bénéfice du second ; mais elle l'aurait, au contraire, perdu, si l'exécution du premier legs avait porté sur la milice (180).

Or, aucune de ces deux déductions ne recevait ici d'application. En effet, la règle *Duæ lucrativæ causæ in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non possunt,* n'était faite que pour

(177) L. 17, fr. Julian., *De oblig. et act.*, D., XLIV, 7; L. 83 § 6, fr. Paul., *De verb. oblig., eod.*, XLV, 1.

(178) § 6, *De legat.*, II, 20.

(179) § 6, *De legat.*, Inst. Nous raisonnons à dessein dans l'hypothèse d'un legs ayant pour objet la milice d'autrui ; car, sinon, la donation, émanant du testateur lui-même, aurait révoqué le legs. Du reste, ainsi que le fait observer très-exactement M. Accarias (*op. cit.*, t. 1, p. 1017, note 2), les Institutes ont le double tort de présenter la règle dont nous parlons comme n'étant applicable qu'au legs de la chose d'autrui, et de n'en faire l'application qu'au cas d'acquisition gratuite par le légataire, *vivo testatore.*

(180) § 6, *De legat.*, Inst., II, 20.

les legs qui consistaient *in re*, c'est-à-dire *in corpore potius quam in æstimatione*, et précisément, le *legatum militiæ in certo corpore non consistit*, ou mieux, *magis in æstimatione quam in quantitate consistit*. Paul s'exprime, à cet égard, de la façon la plus explicite, dans un texte où il suppose un legs portant sur des bons de blé et dans lequel on peut, sans aucun inconvénient, changer l'hypothèse, et supposer qu'il s'agit du legs d'une milice, la solution qu'il donne au sujet de l'un ayant évidemment été la même au sujet de l'autre (181). « *Titia Seio tesseram frumentariam comparari voluit, post diem trigesimum a morte ipsius. Quæro, cum Seius, viva testatrice, tesseram frumentariam ex causa lucrativa habere cœpit, nec possit id quod habet, petere, an ei actio competat ? Paulus respondit, ei, de quo quæritur, pretium tesseræ præstandum : quoniam tale fideicommissum magis in quantitate, quam in corpore consistit.* » (182) Ainsi donc, que, avant l'exécution de la disposition testamentaire, le légataire ou le fidéicommissaire de la milice d'autrui l'ait acquise à titre onéreux ou gratuit, peu importait : le legs n'en demeurait pas moins dû ; seulement il va de soi, comme l'indique Paul, que ce n'est plus la milice même que le bénéficiaire pouvait réclamer, puisqu'il en était d'ores et déjà investi, mais, selon les cas, le prix qu'il avait payé pour se la procurer (183), ou bien la valeur de la *militia* dont on l'avait gratifié.

---

(181) Voy. *supra*, note 175.

(182) L. 87 pr., *De legat.* II, D., XXXI. Paul ne prévoit que le cas d'acquisition gratuite entre-vifs, et ne touche pas à l'hypothèse où la même milice aurait été léguée par deux testaments à la même personne. Mais nous ne voyons pas de raison pour ne pas généraliser sa solution, qui n'a d'autre but que de faire échec à la règle *Duæ lucrativæ causæ*, etc.

(183) L. 102 § 2, *De legat. III*, D., XXXII ; § 6, *De legat.*, Inst.— L'hypothèse d'une acquisition à titre onéreux par le légataire de l'objet légué, après la confection du testament, mais avant le décès de son auteur, nous prouve, pour le dire en passant, que Marcien posait un principe trop absolu, qui, d'ailleurs, comme le font remarquer les Institutes (§ 14 *in fine, De legat.*), n'avait pas été érigé en règle, lorsqu'il écrivait que l'extinction du legs avait lieu par l'arrivée d'une circonstance qui l'aurait empêché de naître (L. 3 § 2, *De his quæ pro non script. habent.*, D., XXXIV, 8), puisque, dans notre espèce, le legs ne perdait pas sa validité, tandis que, fait purement et simplement après l'acquisition, il eût été entaché de nullité, à raison de la règle Catonienne. (Voy. note 176, *supra*.)

Tirons des observations qui précèdent cette conclusion que, malgré leur analogie apparente, on ne saurait, sans erreur, confondre le legs de la chose d'autrui avec le legs de la milice d'autrui. Le premier consiste *in re* ou *in corpore*, plutôt que *in æstimatione ;* pour le second, au contraire, c'est l'inverse qu'il convient de dire. La seule ressemblance qu'il y ait entre eux, c'est que, dans le *legatum rei alienæ*, ce pourra être aussi la valeur de la chose léguée que devra l'héritier grevé, si, par exemple, son propriétaire ne veut pas s'en défaire, ou s'il ne trouve pas à l'acquérir à un prix raisonnable (184).

Il arrivait parfois que le testateur levait les difficultés que nous venons de rencontrer relativement à l'étendue du legs, par la façon même dont il avait disposé. Scævola nous en fournit un exemple quant aux droits d'entrée. Il suppose qu'une personne a fait un fidéicommis ainsi concu : « *Alumno præcepit militiam emi his verbis : Sempronio alumno meo illud et illud : et cum per ætatem licebit, militiam illam cum introitu comparari volo : huic quoque omnia integra.* » Quelque claire que fût une semblable formule, elle donna néanmoins, paraît-il, prise à la chicane (elle est toujours possible), et on consulta Scævola sur le point de savoir si Sempronius, après avoir traité avec le titulaire de la milice en question, pouvait réclamer aux héritiers du défunt, en vertu du fidéicommis, non-seulement le prix de cession, mais encore tout ce que nous appellerons, d'une manière générale, les faux frais, tels que frais de réception, droits d'entrée et de bienvenue. La teneur même du testament ne pouvait laisser place à aucun doute sur la solution affirmative. Aussi le jurisconsulte n'hésita-t-il pas à la consacrer : « *Quæsitum est, si Sempronius eam militiam sibi comparaverit, an pretium ejus, sed et id, quod pro introitu erogari solet, ex causa fideicommissi ab here-*

(184) L. 14 § 2, fr. Gaius, *De legat. III*, D., XXXII; § 4, *De legat.*, Inst., II, 20. — Voy., sur tout ce qui précède, Cujas, *Ad Leg. 22, De leg. II*, D., *Opp.*, t. 3, col. 824.

dibus consequi possit ? Respondit, secundum ea quæ proponerentur, posse. » (185)

Au même ordre d'idées se rattache un texte de Celsus, qui met en jeu des principes importants, relatifs à la révocation des legs. Le jurisconsulte nous rapporte une espèce, dans laquelle le testateur, par un excès de précaution, ne s'était pas contenté de la présomption et de la règle posées par Paul, mais où, dans le but d'écarter toute espèce de doute sur la manifestation de sa volonté et sur son étendue, il avait expressément légué la milice dont il était titulaire, ou sa valeur, pour le cas où, à raison d'une circonstance quelconque, le légataire ne pourrait pas être investi. Du reste, ainsi que le fait très-judicieusement observer Cujas, n'eût-il pas été aussi explicite, on aurait sous-entendu la mention de la *pecunia militiæ*, qu'il s'était donné la peine d'exprimer. — Avant d'aborder le texte que nous visons, il convient de rappeler que le legs valablement fait pouvait se trouver révoqué par cette circonstance que le testateur en avait depuis aliéné l'objet. Seulement, tandis qu'à l'époque de Gaius, l'aliénation, d'après la majorité des jurisconsultes, entraînait toujours révocation du legs, en quelque forme qu'il eût été fait, soit *ipso jure*, soit *exceptione doli mali*, suivant qu'il devait transférer un droit réel, ou n'était propre qu'à donner un droit de créance, et sans qu'il pût jamais être confirmé par le sénatus-consulte Néronien (186), Justinien

(185) L. 102 § 2, *De legat. III*, D., XXXII. — La position de la question, et la solution que le jurisconsulte lui donne, nous font penser, contrairement à Cujas (*Ad l. leg.*, *Opp.*, t. 4, col. 728 *in initio*), que les mots *omnia integra*, contenus dans le testament, avaient beaucoup moins pour but d'exclure l'application de la loi Falcidie, que d'exprimer la volonté que l'acquisition de la milice se réalisât sans bourse délier pour le légataire. On sait, au surplus, que, dans le droit classique, et jusqu'à Justinien, la *lex Falcidia* était d'ordre public, et que le testateur n'était pas libre de transgresser les dispositions en tout ou en partie (L. 15 §§ 1 et 8, fr. Papin., *Ad leg. Falcid.*, D., XXXV, 2), à une seule exception près, qui nous est révélée par Papinien, et qui était relative au cas où le testateur ayant institué son créancier, avait formellement exigé qu'il ne déduisît pas sa créance de la masse dont il devait retenir le quart. (L. 12, *eod.*) Sous Justinien, les principes changèrent, et cet empereur consacra législativement la validité de la déclaration expresse, par laquelle le testateur entendait mettre de côté cette loi si protectrice des intérêts de l'*heres*. (Novell. I, cap. II pr. et § 2. Cf. Novell. CXIX, cap. XI.)

(186) Gaius, II, 198.

nous apprend (187) que Celsus avait proposé une opinion moins rigoureuse, et que consacrèrent plus tard les empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla : dès lors, l'*ademptio legati* ne résulta plus nécessairement de l'aliénation ; mais, ce qui était beaucoup plus en harmonie avec la faculté reconnue de léguer la chose d'autrui, on distingua si le testateur avait aliéné *cum* ou *sine animo adimendi*, son intention devant être cherchée dans la nature et dans les circonstances de l'aliénation (188). D'après cette nouvelle législation, constatée aux Institutes, la révocation résultait bien moins de l'aliénation considérée en elle-même, que de la volonté d'où elle procédait. Si donc elle ne témoignait pas d'une intention révocatoire, le legs fait *per damnationem* subsistait *ipso jure*, et, fait en toute autre forme, il était confirmé par le S.-C. Néronien. Mais, à l'inverse, elle pouvait entraîner révocation, malgré sa nullité (189), et le retour de la chose dans le patrimoine du disposant, par suite d'une acquisition postérieure, ne faisait pas revivre le legs, à moins que le légataire ne prouvât que le testateur était revenu sur son intention révocatoire préalable (190).

Ces souvenirs évoqués, le texte de Celsus, dans lequel nous allons trouver précisément la confirmation de l'assertion de Justinien, touchant l'opinion qu'il lui attribuait, va nous apparaître très-clair. Il est ainsi conçu : « *Lucius Titius, in testamento suo, Publio Mœvio militiam suam reliquit, sive pecuniam* [*ejus*], *quæcumque redigi ex venditione ejus potuerit, cum suis commodis : sed cum supervixit testamento Lucius Titius, militiam vendidit et pretium exigit* (il faut évidemment lire *exegit*, ou *elegit* avec Cujas), *et dedit ei, cui illam militiam vel pretium ejus testamento dari voluerit : post mortem Lucii Titii, iterum Publius Mœvius vel militiam vel pretium ejus ab heredibus Lucii*

(187) § 12, *De legat.*, Inst., II, 20.

(188) Consulter L. 11 § 12, fr. Ulp., *De legat. III*, D., XXXII, et L. 18, fr. Modest., *De adim. vel transfer. legat.*, D., XXXIV, 4.

(189) L. 24 § 1, fr. Papin., *De adim. vel transfer. legat.*, D.

(190) L. 15, fr. Paul., *De adim. vel transfer. legat.*, D.

Titii exigebat. » Voici donc les faits, exposés d'une façon un peu prolixe par le jurisconsulte : Lucius Titius, sous le coup de la crainte d'une mort prochaine très-probablement (le mot *supervixit* autorise à le penser), avait légué à Publius Mævius sa milice, ou tout l'argent qu'on pourrait retirer de sa vente avec tous les profits attachés à l'office, c'est-à-dire avec tous les recouvrements à opérer ; mais ayant survécu, lui-même céda sa charge, en toucha le prix et le donna à Publius Mævius. Telle étant la situation, L. Titius finit par mourir, et Publius Mævius, fort du testament, que le jurisconsulte suppose très-clairement avoir subsisté, de réclamer des héritiers du défunt, soit la milice (191), soit sa valeur. Ce fut dans ces circonstances que Celsus fut consulté sur le point de savoir si les héritiers de Lucius Titius étaient tenus envers Publius Mævius. Voici le résumé de sa consultation : « *Celsus : Existimo pretium militiæ præstari non oportere : nisi legatarius ostenderit, testatorem, et post factam solutionem, iterum eum pretium militiæ accipere voluisse : quod si non totum pretium militiæ, sed partem vivus testator legatario dedit, reliqui superesse exactionem, nisi heres* [*et*] *ab hoc decessisse testatorem ostenderit : onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat.* » (192) Ainsi donc, Celsus part de ce principe, que les héritiers sont dégagés, par cette raison, très-énergiquement exprimée, que le legs a été acquitté par le défunt ; en un mot, que le testateur a personnellement fait la *solutio legati.* Mais il s'agissait de combiner cette décision avec cette idée très-équitable, qu'en matière de legs, il faut avant tout interroger l'intention du défunt. De là, il est tout naturellement conduit à ajouter que si Publius Mævius prouve que Lucius Titius, après lui avoir, de son

(191) Le legs de la chose d'autrui étant valable, rien que de très-simple à supposer que Publius Mævius ait pu, malgré l'aliénation, actionner les héritiers du défunt, pour leur demander de le faire investir de la milice cédée, en obtenant de l'acquéreur une démission en sa faveur.

(192) L. 22, *De legat. II*, D., XXXI. Voy., sur cette loi, Cujas, *Opp.*, t. 3, coll. 8[illegible] et suiv.

vivant, remis le prix qu'il avait tiré de la cession de sa milice, n'en avait pas moins persisté dans la volonté de laisser ses héritiers grevés du legs précédemment fait à son profit, ceux-ci seront obligés de lui procurer l'office, ou de lui en compter le prix à nouveau. Toujours par application du même principe qui voulait, notamment, que la révocation résultât bien moins de l'aliénation elle-même, que de l'intention dont elle émanait, Celsus prévoit le cas où, de son vivant, Lucius Titius, ayant touché le prix de la cession, n'en aurait versé qu'une partie entre les mains de Publius Mævius. Alors, c'est la présomption inverse qui domine la solution, en ce sens que le légataire aura, en principe, action contre les héritiers du testateur, pour leur réclamer le reliquat, à moins que ceux-ci n'établissent la preuve que l'intention de leur auteur a été de révoquer le legs, pour le surplus de ce que lui-même a compté au bénéficiaire (193). Que si, dans les deux cas, ajoute enfin le texte, on voit se déplacer ainsi le fardeau de la preuve, cela tient à ce qu'il incombe à celui qui allègue un changement de volonté chez le défunt (194).

Pour en avoir terminé avec la matière qui nous retient, il ne nous reste plus à donner l'explication que de deux fragments d'Ulpien qui contiennent, non plus des applications du droit commun, mais des règles spéciales aux legs des milices faits à des *alieni juris*.

D'ordinaire, l'esclave légataire acquiert tout ce qui lui est légué, pour le maître sous la puissance duquel il se trouve au jour de la *diei cessio* (195), et c'est dans la personne du maître que la capacité de recevoir est examinée, si bien que le legs fait au *servus alienus* ne vaut qu'autant que le maître de cet esclave est actuellement investi de la *factio testamenti* avec le testateur, et est à la fois personne certaine et citoyen romain. Il est aisé de comprendre

(193) Comp. l'hypothèse relative à l'aliénation par le testateur d'une portion de la chose léguée, prévue aux Institutes. (§ 12, *De legat.*, II, 20.)

(194) L. 11 § 12, fr. Ulp., *De legat. III*, D., XXXII; L. 15, fr. Paul., *De adim. vel transfer. legat.*, *eod.*, XXXIV, 4.

(195) Ulp., *Reg.*, XXIV, 24; L. 5 § 7, fr. Ulp., *Quando dies legat.*, D., XXXVI, 2.

que l'esclave ne pouvant être titulaire d'une milice vénale (196), le legs d'une de ces charges à l'esclave d'autrui dut subir des dérogations (197). La plus importante consiste en ce que la milice léguée ne pouvait jamais être réclamée, ni pour l'esclave lui-même, ce qui est évident, ni même pour son maître. Est-ce donc à dire qu'un semblable legs, adressé à un *servus alienus*, ait été frappé d'impuissance? Non ; seulement, la validité de la disposition dépendait ici d'une distinction tout à fait analogue à celle que l'on rencontre aux Institutes, touchant le legs de la chose d'autrui (198), et encore son effet était-il restreint à la valeur de la charge. Ou bien le testateur savait que le légataire était esclave, et, dans ce cas, l'*æstimatio militiæ* sera due, par ce motif, non dégagé par le texte, mais qui est certain, que telle a été assurément la volonté du disposant, auquel on ne peut attribuer l'intention, tout au moins bizarre, d'avoir fait à dessein, et comme à plaisir, une libéralité vide de sens; ou bien, le défunt ignorait la condition du légataire, et alors, on doit refuser au maître la possibilité d'élever aucune réclamation, par cette raison, qui justifie entièrement le motif précédemment indiqué, que si le testateur eût été mieux instruit de la réalité, il n'aurait peut-être pas écrit le legs dont s'agit. Telle est l'analyse du premier des deux textes par nous visés, et dans lequel nous lisons : « *Si servo alieno militia relinquatur, an domino quæratur legatum, quæritur? Et aut scit servum esse, et dico æstimationem deberi : aut ignoravit, et denegari fideicommissi persecutio debet : quia si scisset servum, non reliquisset.* » (199)

---

(196) Voy. *supra*, chap. II, § 2, seconde incapacité absolue d'exercer une *militia*, pp. 457 et suiv.

(197) Sur le *legatum militiæ* fait à un esclave, consulter Cujas : *Controvers. Johann. Roberti et Jac. Cujac.*, lib. III, cap. XI, *Opp.*, t. 1, coll. 1017 et seq.; *Ad L.* 11 § 15, *Si hæres*, *De legat. III*, D., *Opp.*, t. 4, col. 659; joindre *eod.*, col. 727 *in fine*, *Ad* § *ult.*

(198) § 4, *De legat.*, II, 20.

(199) L. 11 § 16, *De leg. III*, D., XXXII. Cf. le § 17 de cette loi, et L. 40, fr. Ulp., *De leg. I*, D., XXX. Consulter aussi, sur ce legs d'une milice vénale fait à l'esclave d'autrui, Merlin, *Rép.*, Mot LEGS, sect. III, § 1, n° VI.

La seconde loi, à laquelle nous avons fait allusion, nous est déjà connue. Elle se réfère au legs d'une milice fait à un fils de famille. De droit commun, le *filiusfamilias*, à l'instar de l'esclave, acquiert pour le *paterfamilias*, sous la puissance duquel il se trouve au jour du *dies cedens*, ce qui lui est légué, à moins qu'il ne s'agisse d'un bien rentrant, par sa nature, dans son pécule *castrense*, ou dans l'un quelconque de ces autres pécules qui furent introduits sous le Bas-Empire, et qui, comme on le sait, ajoutés au premier, se groupaient sous quatre grandes rubriques, dans le dernier état du droit : *peculium castrense, peculium quasi castrense, bona adventitia*, ou, suivant le langage des interprètes, *peculium adventitium*, et enfin *peculium profectitium* (200). Le legs des milices fut dérobé à la règle et échappa à l'appréhension du *pater*. De même que l'esclave ne l'acquérait pas à son maître, de même le *filius in potestate* ne l'acquit pas à son père. Toutefois, une différence considérable séparait ici ces deux classes d'*alieni juris :* tandis que l'esclave était exclu de toute participation aux emplois publics, le fils de famille, même en puissance, était capable d'être appelé aux fonctions publiques les plus considérables. Tirons de là cette conséquence, que le legs d'une milice fait à un *filius in potestate* pouvait, pour ainsi parler, s'exécuter en nature, en ce sens que si le légataire était dans les conditions voulues pour être titulaire, il acquérait la milice pour lui-même, et non pas sa valeur. C'est ce que prouve un texte très-précis que nous avons relaté tout au long à propos des donations (201).

Un point, qui ne paraît pas avoir attiré l'attention des jurisconsultes à cet égard, est celui de savoir quelle sorte de patrimoine ou de pécule constituait au fils en puissance l'acquisition de la milice qui lui était léguée. Nous n'avons pas à trancher cette ques-

(200) Les expressions *peculium adventitium* et *peculium profectitium* ne se rencontrent nulle part dans les textes. Mais une fois qu'on est bien d'accord sur le sens des mots, leur emploi ne présente plus aucun inconvénient.

(201) L. 3 § 7, *De minor. XXV ann.*, D., IV, 4. Voy. art. 1 *in fine*, p. 571.

tion pour le moment, sa place naturelle se rattachant plutôt à notre avis, à l'étude du pécule *quasi castrense* (202).

§ 3. — *Hérédité des milices.*

Un lien tellement intime unit la vénalité des milices, ou faculté d'en disposer de son vivant, à leur hérédité, ou faculté de les transmettre en mourant à autrui, que l'étude de l'un de ces deux droits, pour ainsi dire inséparables, ne saurait être complète sans l'étude de l'autre. C'est cette dernière étape qu'il nous reste à parcourir.

Une milice vénale pouvait, au décès de son titulaire, avoir deux situations bien distinctes par rapport à la succession qu'il laissait :

1° Ou bien, elle appartenait au défunt qui en avait conservé les fonctions jusqu'au jour de sa mort. Quels droits ses héritiers avaient-ils sur elle ?

2° Ou bien, elle avait fait, du vivant du titulaire, l'objet d'une donation à l'un de ses héritiers. La question se pose alors de savoir quels droits ses cohéritiers pouvaient invoquer contre le donataire.

De là, comme on le pressent, une différence très-apparente *a priori* dans la règlementation des droits des divers intéressés, suivant que l'on se trouvera dans la première hypothèse ou dans la seconde, celle-là soulevant une question de partage, celle-ci une question de rapport. De là aussi la nécessité de les envisager tour à tour et séparément.

Section 1. — *De la milice possédée par le défunt au jour de sa mort, et envisagée au point de vue du partage entre cohéritiers (1).*

Lorsque le titulaire décédait en exercice, sa milice passait, comme tous ses autres biens, à ses successeurs universels *ab intestat*. Toutefois, nous nous trouvons, ici encore, en présence

(202) Voy. *Appendice* II, § 2.
(1) Voy., sur ce sujet, Loyseau, liv. II, chap. VIII, nos 27 et suiv.

d'un droit successoral *sui generis*, d'une sorte de succession anormale, soumise, à raison de sa nature toute spéciale, à quelques règles exceptionnelles.

La première que nous rencontrions a trait à la façon même dont s'effectuait la transmission héréditaire. Que si, en effet, le principe était que la milice passait aux successeurs universels *ab intestat* du défunt, ce n'était que pour sa valeur vénale seulement, le nouveau titulaire ne pouvant pas plus être désigné par le hasard de la loi de succession, que par le choix individuel d'un vendeur, d'un donateur ou d'un testateur. Il devait, dans tous les cas, recevoir l'investiture du chef du Pouvoir (2).

D'autre part, la valeur de la milice ne comptait pas toujours dans la succession ordinaire du titulaire. Sans revenir sur le cas où le défunt en avait disposé par testament, et en nous plaçant dans l'hypothèse où il était mort *intestat*, la preuve de notre assertion se trouve dans une Constitution d'Anastase, à laquelle nous avons eu déjà bien des fois recours (3). On sait, en effet, que les empereurs accordèrent aux veuves et aux enfants des titulaires décédés, et en cette qualité, le bénéfice de s'attribuer exclusivement la valeur de la milice, alors même qu'ils ne seraient pas héritiers. C'est ce qui résulte de cette même loi d'Anastase, et du § 1 du chapitre v de la Novelle LIII de Justinien, qui, l'une et l'autre, mettent une sorte d'affectation à indiquer qu'il s'agit là d'une prérogative spéciale accordée aux personnes dont nous parlons, par la munificence impériale. De telle sorte, comme on le voit, que, même en ce qui concerne les enfants, ce n'était pas à la qualité d'héritier qu'était attribué le privilège de l'hérédité; si la femme et les descendants du titulaire recueillaient la milice, c'était uniquement comme veuve et comme enfants, et à nul autre titre. C'est là un point que les deux textes précités mettent très-clairement en relief, par la manière même dont ils s'expri-

(2) Novell. XXXV *in fine*. Voy. *infra*, pp. 597 *in fine* et suiv.
(3) Const. 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19.

ment. « ..... *Definitam... quantitatem defuncti heredes, et successores, vel liberi ejus... consequantur: ita scilicet ut si hereditas, vel successio defuncti minime fuerit suscepta, vel adita.... liberi autem, vel agnati, seu cognati, non hereditatis, sed privilegii nomine..... summam percipiant, sibique petere ac vindicare permittantur.* » Ainsi parle Anastase.

Et de même Justinien : « ..... *Si quidem filii fuerint aut uxor defuncti, istos omnibus præponimus modis, ut adeant nos : et secundum jussionem nostram hoc habeant, non tanquam paternam hereditatem, si in aliis inops sit, sed tanquam imperiale munificentiam : ut et substantiam relinquentibus; et non habentibus, merito solatium præbeamus.* »

Le droit de la veuve et des enfants sur la valeur de la milice laissée par le défunt était à ce point puissant, que seuls, nous le savons, les bailleurs de fonds pour l'achat de la charge leur étaient préférés. Mais, envisagé qu'il était comme constituant une prérogative particulière, introduite en faveur de ces privilégiés, ce prix n'était pas considéré, au regard des créanciers ordinaires, comme formant la représentation de la valeur de l'office. Aussi la femme et les descendants les excluaient-ils. Et ce qui prouve bien encore toute la force de ce droit, c'est que la valeur de la *militia* était attribuée aux enfants, non-seulement alors qu'ils ne se portaient point héritiers, mais encore lorsqu'ils avaient été exhérédés. « *Exhæredatio non aufert omnia liberis... non aufert casum militiæ,* LE VACANT D'UN OFFICE, Nov. 22 », disait Cujas (4).

---

(4) *Comment. in lib. II Respons. Papin.*; *Ad* L. 65 § 1, *De rei vindic.*, D., VI, 1. *Opp.*, t. 5, col. 880. — Cujas est le premier qui ait trouvé le véritable sens de l'expression *casus militiæ*, qui ne désigne pas autre chose que la valeur de la milice rendue dans la succession du défunt, payée par son successeur *extraneus* à ses représentants. (Voy. D. Gothof., note 9 sur la Novelle XXXV.) Cette locution avait induit en erreur nos anciens interprètes. En présence du chapitre v (§ 1) de la Novelle LIII, qui nous fournit de précieux détails sur le *casus militiæ*, se trouvant fort embarrassés, et étant persuadés qu'au lieu de τὰς ἐκ τοῦ καλουμένου κάσου στρατείας, il fallait lire dans ce chapitre τὰς ἐκ τοῦ κάσου καλουμένας στρατείας, ils s'étaient figuré qu'il existait une classe de milices appelées *militiæ ex casu*, à la recherche desquelles ils se livrèrent en vain pendant longtemps. Il en est même, Lælius Taurellus entre autres, qui y consacrèrent des traités élaborés à grand'peine. (Voy. le livre *De Militiis ex casu* de cet au-

Que si, maintenant, on se demande quels avantages procurait aux intéressés l'hérédité des *militiæ venales*, nous croyons pouvoir les ramener à deux chefs principaux :

1° D'un côté, elle permettait à l'héritier, ou à l'enfant même non héritier du titulaire défunt, s'il était seul, ou à l'un des héritiers ou enfants même non héritiers, s'ils étaient plusieurs, de se présenter pour se faire nommer à la milice laissée vacante, à la condition d'avoir les aptitudes nécessaires et de payer le droit d'entrée comme tout autre candidat (5). Justinien est formel sur ce point dans sa Novelle XXXV en ce qui concerne les *adjutores quæstoris* : « ... *Hi autem qui fiunt in locum eorum* (adjutorum quæstoris) *qui suo loco ceciderunt, centum solidis præstitis fiant... Si quis ex viginti sex adjutoribus defunctus fuerit, ab herede ejus centum solidi dentur, et electione quæstoris mili-*

---

teur.) Cujas vint lever la difficulté, en indiquant, sur la loi 3 § 7, *De minor. XXV ann.*, D. IV, 4 (*Opp.*, t. 2, coll. 793 *in fine* et suiv.), la nature exacte du *casus militiæ*, expression qui n'est qu'un synonyme des termes de nous connus : *solatium, scholæ placitum*, ou *commune in eadem schola militantium placitum*. Il est, à bien des reprises, revenu dans ses œuvres sur le sens précis de ces mots. (Voy. notamment : t. 7, coll. 527 *in init.*, 1031, 1381 ; t. 8, coll. 491 *in fine*, et 501 *in init.*) Après lui, Doneau établit également, et d'une façon non moins péremptoire, que les Romains n'avaient jamais connu de *militiæ ex casu*. (Voy. *Opp.*, t. 9, col. 1112, 16 et suiv. Cf. t. 5, col. 535, note 44 de O. Hilliger.) Enfin, Loyseau (*loc. cit.*, n° 35) n'hésita pas davantage à proclamer que ces fameuses *militiæ ex casu* étaient de pures chimères. Il n'est plus aujourd'hui permis de douter que toutes les milices vénales comportaient ce *casus*, qui n'était autre que *le cas vacant, le vacant, la cheute d'un office par la mort d'un officier*, comme disait Cujas (*locc. sup. citt.*), ou, pour parler un langage un peu plus moderne, que le prix de la milice dans la succession d'un titulaire défunt ; c'était, en d'autres termes, l'argent qui était payé à ses représentants par le successeur étranger. (Loyseau, *loc. cit.*, n° 33.)

(5) C'est cette dernière obligation qui faisait dire à Justinien, nous nous le rappelons, que les milices n'étaient transmissibles héréditairement que *sub certa definitione*, c'est-à-dire que *sub certa pecuniæ* ou *pretii taxatione*, que moyennant le paiement, en un mot, d'une somme déterminée à titre de droit d'entrée. (Voy. Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14.) Il suit de là, que l'hérédité des *militiæ* n'était pas franche de toute charge ; en quoi les milices héréditaires différaient des offices héréditaires par privilège de notre ancien droit, auxquels Loyseau consacre le chapitre VIII de son livre II. (Voy. *Ancien Droit Français*, ch. II, sect. 1, § 3, note 72.) Mais, en revanche, on ne pouvait succéder à ces offices sans faire acte d'héritier, et, par conséquent, sans être tenu des dettes héréditaires, contrairement à ce qu'il en était pour les milices, sauf ce que nous avons dit à l'égard des bailleurs de fonds. (Voy. Loyseau, liv. III, chap. X, n°s 35 et 36, et *Anc. dr. fr.*, *loc.cit.*, et chap. II, sect. 2, § 1, art. 6, 1°.)

tent. Sin autem liberi sint defuncti, idem juris habeant, quamvis heredes parenti suo non exstiterint. »

2° D'un autre côté, si aucun des ayants droit n'était propre à l'exercice de la milice, celle-ci faisait alors l'objet d'une vente dont le prix, sous le nom de *casus militiæ*, était réparti entre tous, ou attribué à l'unique représentant privilégié du titulaire décédé.

En ce qui concerne le taux de ce *casus militiæ*, c'est-à-dire de cette somme fixe représentative de la valeur de la milice dans la succession du défunt (6), que le tiers qui remplaçait le titulaire décédé devait, indépendamment du droit d'entrée, payer à ses représentants, il semble en général avoir été le même que celui du droit d'entrée, *onus* ou *introitus militiæ* (7), qui, nous le savons, était dû non pas au fisc, mais à la compagnie, et qui était habituellement de la valeur de la milice telle que l'avaient déterminée les Édits impériaux ou les statuts de la corporation (8).

---

(6) Justinien l'appelle *certa pecunia quæ mortuo militante ad heredes pervenit* (Const. 30 § 2, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28.)

(7) Voy. par exemple pour les *scriniarii* Constt. 7 et 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19, et, pour les *adjutores quæstoris*, la Novelle XXXV. Loyseau (*loc. cit.*, n° 37) fait à ce sujet l'observation suivante : « Or il est certain, que l'un et l'autre sçavoir est le droit d'entrée, et le *Casus Militiæ*, étoient taxez à même somme, comme il est expressément decidé en la loy 11. *De prox. sacr. scrin.* la joignant avec la loy 7. du même tit. et se void aussi en cette même Nov. 35. D'où on peut colliger, que chacune étoit communément taxée à la moitié de la valeur de l'Office, quoy que ce soit de la somme, à laquelle il étoit estimé, puisque celuy qui y succedoit, payoit autant aux heritiers du deffunt pour le *Casus Militiæ*, qu'à la compagnie pour le droit d'entrée. » (Comp. *eod.*, n° 42.) Conclusion extrêmement tentante, et qui est admise par M. Durand (*op. cit.*, p. 44 *in fine*), mais qui, dans l'état actuel des documents, n'est qu'une conjecture pure et simple.

(8) Voy. *supra*, § 2, sect. I, art. 1, pp. 515, 3°, et suiv. — D'après Loyseau (*loc. cit.*, n° 36), le droit d'entrée et le *casus militiæ* étaient réunis sous une dénomination commune, et étaient *confusément* appelés de l'un des trois termes suivants : soit *suffragium*, en tant qu'ils étaient baillés pour obtenir le suffrage de la compagnie ou des héritiers ; soit *solatium*, parce qu'ils étaient attribués à titre de consolation de la mort du défunt (voy. *supra*, § 1, pp. 506 *sub fin.* et suiv.) ; tantôt, enfin, *scholæ placitum*, parce qu'ils étaient ordinairement réglés *pro tenore communis militantium placiti*, quoique, ainsi que le remarque très-exactement Loyseau, l'empereur en fixât bien souvent le taux, lorsqu'il concédait aux milices le privilège de vénalité et d'hérédité ; la Constitution 7, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., et la Novelle XXXV en donnent la preuve. — On trouvera les diverses expressions ci-dessus relatées, dans les

Il résulte de là, qu'il y a lieu de répéter, relativement au *casus militiæ*, l'observation présentée au sujet du prix de vente : c'est que, pas plus que ce dernier, il ne dépendait de la fixation arbitraire des parties, et qu'il ne pouvait pas être plus librement déterminé, que le prix de la cession consentie de son vivant par le titulaire lui-même. Dans les deux cas, il y avait un taux *maximum* qu'on ne pouvait pas dépasser, mais qu'on atteignit très-probablement presque toujours, ici comme en matière de vente par l'officier.

Mentionnons enfin un droit tout spécial, accordé par une faveur particulière aux héritiers testamentaires et *ab intestat* des titulaires de certaines milices : c'était celui de recevoir, en dehors du prix de la milice, lorsqu'elle était vénale, le *solatium* ou les *solatia*, c'est-à-dire les appointements auxquels le titulaire défunt aurait eu droit s'il avait vécu plus longtemps (9). Cette prérogative se présentait sous un triple aspect, et procurait, selon les cas, un avantage plus ou moins considérable aux intéressés. Ils touchaient, en effet, les émoluments auxquels le titulaire aurait pu prétendre s'il avait vécu, ou le reste de l'année courante de son exercice (10), ou le reste du temps pour lequel il était en fonctions (11), soit même enfin ceux qui lui eussent été attribués, s'il avait occupé le grade immédiatement supérieur (12).

Tel fut le rôle que jouèrent les *militiæ venales* dans la succession des titulaires morts en exercice, où elles constituaient, comme dans le patrimoine de l'officier vivant, un élément tout à

---

textes ci-après : Const. 11, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just.; Novell. LIII, cap. v § 1, et Const. 27, *De pignor. et hypoth.*, C. Just., VIII, 14.

(9) Plusieurs textes emploient le terme *solatium* comme synonyme du mot *emolumentum*. Voy. en particulier: Const. 15 § 1, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7 ; Const. 5 *in init.*, *De silentiar.*, *eod.*, XII, 16 ; Const. 4, *De domest. et protector.*, *eod.*, 17 ; Const. 11 *in fine*, *De proxim. sacr. scrin.*, *eod.*, 19 ; Const. 3, *De agent. in reb.*, *eod.*, 20 ; Const. 1, *De præpos. agent. in reb.*, *eod.*, 21. — Comp. chap. I, § 4, note 52 *in fine*, p. 408.

(10) Const. 15 § 1, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7, qui modifie la Const. 13, *eod.* ; Const. 3, *De agent. in reb.*, *eod.*, XII, 20.

(11) Const. 11 *in fine*, *De proxim. sacr. scrin.*, C. Just., XII, 19.

(12) Const. 4, *De domest. et protector.*, C. Just., XII, 17.

fait spécial, et régi par des règles toutes de droit exceptionnel. Si l'on veut, à présent, jeter un coup d'œil d'ensemble sur la façon dont s'opérait la dévolution d'une milice vénale et héréditaire, il faut dire que le *casus militiæ* était, en premier lieu, affecté aux bailleurs de fonds, sous les conditions que nous avons spécifiées au § précédent (section I, art. 2, pp. 534 et suiv.); puis, qu'à défaut de semblables créanciers, il appartenait conjointement à la veuve et aux enfants du titulaire défunt, sans qu'ils aient pour cela à se porter héritiers, et lors bien qu'ils renonçaient à la succession, ou qu'ils avaient été exhérédés; qu'enfin, il passait, en leur absence, aux autres héritiers, mais seulement dans le cas où ils avaient fait adition.

Quant à la milice elle-même, l'héritier n'en devenait titulaire, que sous la double condition qu'il fût capable de l'exercer, et qu'il payât le droit d'entrée : autrement, il en était réduit au *casus militiæ*.

SECTION 2. — *De la milice donnée par le défunt à l'un de ses héritiers. Conséquences de cette donation, au point de vue de la succession du donateur. Rapport* (13).

L'un des héritiers d'un *de cujus* quelconque pouvait se trouver, lors du partage de la succession de l'auteur commun, titulaire d'une milice vénale.

Nous avons à rechercher si ses cohéritiers avaient, à raison de ce seul fait, le droit d'exiger que cette *militia* fût comprise dans la *collatio bonorum*. Pour résoudre cette question très-complexe, il est, à nos yeux, de toute nécessité de distinguer soigneusement deux époques parfaitement tranchées dans la législation romaine, en ce qui concerne l'histoire de cette institution d'origine prétorienne.

Dans le droit classique, la *collatio bonorum* fut destinée, non

(13) Voy., sur la *collatio bonorum*, les thèses de doctorat de MM. L. Renault et H. Féron, soutenues devant la Faculté de Droit de Paris le 15 janvier 1868, et le 21 décembre 1878, et spécialement, quant au rapport des *militiæ venales*, Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. x, nos 46, 48 et suiv.

pas à établir l'égalité entre les enfants du défunt, mais à réparer le dommage que causait aux *sui* l'admission, *jure prætorio*, à la succession de l'auteur commun, de certains héritiers *ab intestat* qui s'en trouvaient exclus *jure civili*, et notamment des émancipés, pour nous borner à eux (14). Ce préjudice résultait de ce que, tandis que les héritiers *siens* restés en puissance avaient continué, jusqu'à la mort du *paterfamilias*, d'acquérir pour lui, les autres, depuis leur émancipation, avaient cessé de réaliser leurs acquisitions au profit du père de famille, et de ce que, cependant, grâce à l'une des deux *bonorum possessiones contra tabulas* ou *unde liberi*, ils arrivaient à concourir avec les *sui* sur l'ensemble des biens laissés par le défunt. Ils se voyaient attribuer par là une quote-part des acquisitions entrées dans son patrimoine par le fait des enfants restés en puissance, dont ils diminuaient ainsi le bénéfice, sans être néanmoins dans la nécessité de leur procurer la compensation d'un partage des biens par eux acquis *post emancipationem*, puisque ceux-ci leur restaient propres. Le préteur fut ému de cette situation créée aux *heredes sui* par l'application rigoureuse du droit civil, et, afin de respecter l'équité et de ne pas se mettre en contradiction avec sa propre doctrine à laquelle l'émancipé devait, par suite de la rescision de la *capitis deminutio* qu'il avait subie, de recouvrer ses droits sur la succession paternelle, voici comment il en corrigea l'injustice (15) : il imposa aux émancipés, par une rescision corrélative de la *capitis deminutio* au profit des héritiers *siens*, l'obligation de mettre en commun et de partager avec les *sui*, qui souffraient de leur concours, tous les biens dont ils pouvaient se trouver nantis au jour

---

(14) Ils étaient seuls textuellement visés dans l'Edit du préteur (L. 1 pr., fr. Ulp., *De collat.*, D., XXXVII, 6 ; Ulpian., *Reg.*, XXVIII, 4) ; mais on se convaincra aisément que d'autres personnes étaient tenues de la *collatio*, en consultant les LL. 1 § 14, 2 pr., fr. Paul., et 5 pr., fr. Ulp., *De collat.*, D.

(15) Cette idée d'injustice et de préjudice souffert par un *suus* par le concours de l'émancipé investi de l'une des deux *bonorum possessiones* indiquées, est bien mise en relief par cette expression de Scævola : « ... *cum injuriam per bonorum possessionem patiatur.* » (L. 10 *in fine, De collat.*, D., XXXVII, 6.)

du décès, par suite d'acquisitions à titre onéreux ou gratuit, effectuées depuis l'émancipation, et qui, s'ils fussent restés en puissance, comme leurs cohéritiers, auraient grossi la masse actuellement partageable. Voilà l'idée générale. De telle sorte que, dans cet état de la législation, la *collatio bonorum* consistant dans l'obligation imposée aux descendants émancipés de partager leurs biens personnels avec les *sui heredes* arrivant en même temps qu'eux à l'une des *bonorum possessiones contra tabulas* ou *unde liberi* (16), constituait bien moins, ainsi qu'on l'a observé depuis longtemps, un *rapport* proprement dit, qu'un *apport* à la masse commune.

Il convient d'ajouter que la *collatio* n'était due aux héritiers *siens* qu'à la condition qu'ils fussent investis de l'une ou de l'autre des deux *bonorum possessiones* indiquées (17), et qu'autant que le concours de l'émancipé leur préjudiciait, et dans la mesure seulement du préjudice à eux causé par sa survenance (18).

Ces principes étant rappelés, nous croyons que la milice dont un des enfants émancipés était titulaire au moment de la mort du *de cujus* ne tombait pas, en droit classique, sous le coup de l'obligation d'une *collatio*. Pour le démontrer, qu'il nous suffise de répéter, qu'étaient seuls sujets à la *collatio* les biens qui, sans l'émancipation, se seraient trouvés compris dans la succession. Il résultait de là, qu'on en exceptait les *bona castrensia*, comme plus tard on y déroba les *bona quasi castrensia* (19), par cette

(16) Cette obligation est une conséquence de ces deux *bonorum possessiones* (Ulpian., *Reg.*, XXVIII, 4; L. 1 pr., fr. Ulp., L. 9, fr. Papin., *De collat.*, D., XXXVII, 6; Const. 9, *De collat.*, C. Just., VI, 20); mais elle est étrangère à toute autre *bonorum possessio*, et notamment à la *bonorum possessio secundum tabulas* (Const. 1, *De collat.*, C. Just.), et le droit de l'exiger et d'en profiter n'appartient jamais qu'aux *sui*. (L. 3 §§ 2 et 3, fr. Julian., *De collat.*, D.; Const. 9, *eod.*, C. Just.)

(17) L. 1 § 8, fr. Ulp., *De collat.*, D. Cf. cependant L. 10, fr. Scævola, *eod.*, et voy. sur ce dernier texte, les auteurs cités note 13, *supra*, ainsi que M. Accarias, *op. cit.* t. 2, p. 98, note 1.

(18) Le principe est posé par Ulpien dans la L. 1 § 5, *De collat.*, D., et lui-même nous en fournit plusieurs applications dans le même texte. (Voy. §§ 3, 4, 6 et 7; *adde*: L. 1 pr. et § 13, fr. Ulp., *De conjung. cum emancip. lib. ej.*, D., XXXVII, 8; L. 5 pr., fr. Pompon., *Si tab. testam.*, D., XXXVIII, 6.)

(19) L. 1 § 15, fr. Ulp., *De collat.*, D., XXXVII, 6.

raison que si le cohéritier émancipé était demeuré *in patria potestate*, ces pécules ne lui en seraient pas moins restés personnels. Or, la *militia* possédée *die mortis* par l'émancipé, avait évidemment dû échapper aussi à l'obligation de la *collatio*, puisqu'à supposer que l'émancipation n'ait pas eu lieu, elle n'aurait pas appartenu davantage au *paterfamilias*, comme nous l'a dit formellement Ulpien : «... *cum hanc* (filiusfamilias) *patri non adquireret, sed ipse haberet.* » (20)

Tout autre fut le caractère de la *collatio* dans le droit du Bas-Empire, et surtout dans le dernier état de la législation; par suite des modifications successives que la jurisprudence et les Constitutions impériales y apportèrent, l'institution prétorienne se transforma et finit par devenir un véritable rapport ; elle servit désormais à établir l'égalité entre les héritiers, *per masculos* et *per feminas*, dans le partage des biens de l'auteur commun, ascendant ou ascendante. Ce n'était là, d'ailleurs, qu'une suite naturelle et logique du changement de la doctrine primitive, et que la consécration de la théorie plus juste qui reconnaissait et assurait au fils de famille la propriété de tous les biens à lui advenus ou acquis sans le fait du *paterfamilias*. De telle sorte que, sous Justinien, qui consomma la réforme sur ce point comme sur tant d'autres, et couronna ainsi l'œuvre de ses prédécesseurs, le rapport nous apparaît comme étant dû dans la succession de tout ascendant ou ascendante, et ne portant jamais que sur les biens provenant du défunt, ce qui excluait de cette obligation tous ceux qui échappaient à l'acquisition du père, savoir les *bona castrensia, quasi castrensia* et *adventitia* (21), mais ce qui y soumettait en revanche tous ceux que le descendant successible *sui juris* ou resté *in potestate* avait reçus du défunt (*bona profectitia*)

---

(20) L. 3 § 7, *De minor. XXV ann.*, D., IV, 4. — Nous verrons plus loin (*Appendice* II, § 2, à quel titre le fils de famille possédait la milice dont il était titulaire.

(21) Const. 21, *De collat.*, C. Just., VI, 20. Cf. Constt. 6, 7 et 8, *De bon. quæ lib.*, *eod.*, 61.

et qui régulièrement s'imputaient sur la légitime, ainsi que la dot et la donation *ante nuptias* (22).

Les textes que nous possédons sur le rapport des milices datent tous du Bas-Empire, et, par conséquent, se réfèrent à la théorie nouvelle de la *collatio*. Il en résulte, de la façon la plus claire, que la *militia* possédée par l'un des successibles dut être rapportée à ses cohéritiers, lorsqu'elle provenait d'une libéralité de l'ascendant décédé, soit que de son vivant il se fût démis de sa charge en faveur de l'un de ses enfants, soit qu'il l'eût acquise d'un titulaire étranger pour en faire investir ce descendant, soit enfin qu'il eût donné à celui-ci la somme qui lui était nécessaire pour traiter avec le cédant. On peut affirmer que la *militia* fut rapportable dans le ve siècle de notre ère ; car, tout au commencement du vi^e^, en l'an 500, nous rencontrons une Constitution d'Anastase (23), qui va nous prouver avec évidence que le rapport des milices était de droit commun à cette époque. En effet, l'empereur, par un privilège renouvelé plus tard à deux reprises par Justinien (24), affranchit de l'obligation dont nous parlons les milices vénales des *silentiarii* : « *Jubemus* », dit-il, « *clarissimorum silentiariorum præditos militia, etsi genitorum suorum in potestate sint constituti, quæcunque solatiorum, seu emolumentorum, vel donationum, seu hereditatum nomine per militiam, vel quamlibet ejusmodi causam his acquisita sunt vel fuerint, jure castrensis peculii possidere, nec ea posse vel parentes superstites sibi vindicare, vel auferre, vel etiam post eorum*

(22) Constt. 19 et 20, *De collat.*, C. Just. La dernière de ces deux lois appelle une double observation : c'est d'abord que Justinien fait remarquer avec raison (in pr. : voy. p. 607) qu'il y aurait inexactitude à dire que sont seules rapportables les libéralités qui s'imputent sur la légitime ; en effet, il en existe qui sont soumises à la *collatio* sans être cependant sujettes à imputation; — c'est, en second lieu, que si, en règle, les simples donations entre-vifs (*donationes simplices*) ne sont pas rapportables, Justinien (§ 1) en exigea par équité le rapport, toutes les fois que le descendant donataire concourrait avec un autre descendant, soumis lui-même au rapport d'une dot ou d'une donation *ante nuptias*.

(23) Const. 5, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16, *ibiq.* Cujac., *Opp.*, t. 8, col. 361.

(24) Const. 30 § 2, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28, et Novell. LIII, cap. v § 1, dernière phrase. Voy. la page suiv.

obitum fratres, vel alios eorum heredes, quasi ad defunctorum dominium pertinentia, in divisionem deducere : nec enim oportet labores eorum aliis fructum, vel lucrum adferre. » Et il poursuit ainsi : « *Hac namque ratione simul et contemplatione nec ipsam militiam, vel suffragium quodcumque pro ea, vel ab eisdem viris devotissimis silentiariis, vel a parentibus eorum, vel a quolibet alio datum est, vel fuerit, ab his patimur in successionem defunctorum parentum conferri, seu nomine collationis in medium easdem offerri pecunias, vel his imputari.* » Ainsi, dispense de rapport et d'imputation sur la légitime. Que conclure de là, sinon que si Anastase se vit obligé de faire une Constitution spéciale pour soustraire à la *collatio* les *militiæ venales* des *silentiarii*, c'est que, d'après le droit commun de la matière, le rapport en était dû en vertu des principes généraux en vigueur de son temps sur ce sujet ?

Du reste, nous ne pensons pas que le doute puisse subsister bien longtemps sur ce point ; et, dût-il se faire jour, il est certain qu'il serait rapidement dissipé pour l'époque de Justinien, ainsi que deux textes très-précis vont l'établir. D'un côté, en l'an 528, cet empereur disposait comme il suit : « *Imputari vero filiis aliisque personis, quæ dudum ad inofficiosi testamenti querelam vocabantur, in legitimam portionem et illa volumus, quæ occasione militiæ ex pecuniis mortui eisdem personis acquisita, posse lucrari eas manifestum est : eo quod talis sit militia, ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad ejus heredes perveniat... exceptis solis viris spectabilibus silentiariis sacri nostri palatii, quibus præstita jam specialia beneficia* (par Anastase ; voy. *supra*) *tam de aliis capitulis, quam de pecuniis super memorata militia a parentibus eorum datis, ne in legitimam portionem eis computentur, rata esse præcipimus : in cæteris vero personis prædictam observationem tenere volumus.* » (25) La décision est

(25) Const. 30 § 2, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28.

bien formelle : le légitimaire doit imputer sur sa quarte (26) les donations faites *ad emendam militiam*, ce qui revient à dire que, si ces libéralités sont égales au quart au moins, et, depuis 537, au tiers ou à la moitié, de la part héréditaire *ab intestat* du descendant donataire, celui-ci sera exclu de la *querela inofficiosi testamenti*. Faut-il maintenant conclure de la Constitution précitée, que Justinien innove, et que, par suite, ce n'est que sous son règne, et à partir de l'an 528 seulement, que les milices vénales furent sujettes à rapport? Nous ne le pensons pas, et deux raisons nous font tenir pour la négative. La première est un pur motif psychologique : Justinien n'ayant pas fait précéder sa décision d'une de ces phrases à effet qui sont le prélude familier de la plupart de ses créations, on peut, sans trop s'avancer, être conduit à croire qu'il n'a fait que consacrer législativement ce que la pratique antérieure avait admis. La seconde raison est un argument de texte : on remarquera que l'Empereur renvoie expressément pour la confirmer, à la Constitution d'Anastase, touchant le privilège accordé par lui aux *silentiarii*, relativement au point qui nous occupe. Or nous ne saurions trop répéter que la loi de ce Prince contenait une faveur par l'exemption qu'elle concédait : c'est assez dire qu'elle dérogeait au droit commun, qui consistait précisément dans l'obligation du rapport et de l'imputation, dont elle dispensait les privilégiés que nous savons. Il n'est d'ailleurs pas bien étonnant de voir Justinien, désireux de réglementer et de refondre la matière de l'inofficiosité testamentaire, reprendre celles des décisions anciennes qu'il entend maintenir (27).

D'autre part, l'année qui suivit celle où apparut la Constitution

(26) Cette expression, encore exacte à l'époque où fut rendue la Constitution dont nous venons de relater la teneur, cessa de l'être neuf ans plus tard, par suite de la modification apportée par le chap. 1 de la Novelle XVIII dans la quotité de la légitime.

(27) C'est ce que lui-même laisse très-clairement à entendre dans le § 6, *De inoff. testam.*, aux Institutes (II, 18), dans lequel il est dit que les donations entre-vifs sont imputables sur la légitime, dans les cas spéciaux que sa Constitution mentionne, ou qui sont exprimés dans d'autres Constitutions. La loi d'Anastase nous permet précisément d'en trouver un exemple.

que nous venons de reproduire dans la partie qui nous intéresse actuellement, le même Prince posait, par une autre loi datée de 529 (28), le principe que tout ce qui s'impute sur la quarte légitime (29) est sujet au rapport, en faisant observer toutefois, comme il a été dit, que la réciproque ne serait pas vraie (30). « *Illud sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum, plana sanctione revelamus : ut omnia quæ in quartam portionem ab intestato successionis computantur his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur : etiam si intestatus is decesserit, ad cujus hereditatem veniunt, omnimodo coheredibus suis conferant.* » Et, afin de ne laisser subsister aucune espèce de difficulté, il prend soin de rappeler la donation faite *ad emendam militiam* comprise, l'année précédente, dans la quarte légitime. « *Quod tam in aliis, quam in his quæ occasione militiæ uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitæ lucratur is, qui militiam meruit, locum habebit... Hæc autem regula, ut omnia quæ portioni quartæ computantur, etiam ab intestato conferantur : minime e contrario tenebit, ut possit quis dicere etiam illa quæ conferuntur omnimodo in quartam partem his computari qui ad inofficiosi querelam vocantur.* » Ici encore, la décision est des plus nettes.

Nous rencontrons, à ce propos, le bénéfice d'une observation que nous avons déjà faite, et qui va nous permettre de comprendre un texte inséré au Digeste par les commissaires de Justinien, texte qui, si l'on n'y prenait garde, pourrait sembler contredire les assertions qui précèdent. Ulpien, rapportant une décision de Papinien, à laquelle il s'associe évidemment, puisque, loin de la contredire, il en développe l'idée mère, Ulpien s'exprime en ces termes : «... *An id, quod dignitatis nomine a patre datum est, vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus ? Et ait Papinianus lib. XIII Quæstionum, non esse cogendum : hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportere.*

(28) Const. 20 pr., *De collat.*, C. Just., VI, 20.
(29) Ici a lieu d'être répétée l'observation faite note 26, *supra*.
(30) Voy. note 22, *supra*, 1re observation.

Sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is qui dignitatem meruit: sed commune sit omnium heredum onus hoc debitum. » (31) A supposer, tout d'abord, que cette loi se référât aux milices, ce qui n'est pas, elle ne serait pas en désaccord avec les règles posées par Justinien, par cette raison qu'elle émane d'un jurisconsulte classique, qui parle, par conséquent, de l'ancienne *collatio,* telle que l'avait ébauchée la théorie primitive, et à laquelle, nous l'avons dit, la milice ne se trouvait pas, suivant nous, soumise. Mais il est inutile de recourir à cette explication, parce que ce fragment n'a nullement trait aux milices vénales. Aussi la conciliation entre Papinien, Ulpien et Justinien est-elle des plus simples. Déjà proposée par Cujas (32), elle doit toujours être suivie. *Dignitas* et *militia* font deux (33). Nous avons déjà eu une double occasion de le faire remarquer, en nous occupant des incompatibilités, d'une part, et de la vente, d'autre part. Nous avons vu, d'un côté, qu'on ne pouvait être, à la fois, pourvu d'une *dignitas* et d'une *militia*, et, de l'autre, que les *dignitates* n'étaient point vénales (34); et nous avons tiré de là cette conclusion, qu'il fallait avoir grand soin de distinguer la *dignitas* de la milice vénale. Nous rencontrons ici une troisième différence entre elles, qui prouve bien qu'elles ne doivent pas être confondues, différence consistant en ceci : tandis que celle-ci est rapportable, celle-là n'est point soumise à l'obligation de la *collatio*. Comme le dit fort bien Cujas : « *Militia non est dignitas : alioquin militia non veniret in collationem bonorum inter fratres* » (35), ou, ainsi qu'il le répète ailleurs : «... *Aliud est militia, aliud dignitas... Militia est in patrimonio nostro, ergo conferetur, dignitas non est in patrimonio.* » (36) Et mainte-

(31) L. 1 § 16, *De collat.*, D., XXXVII, 6.
(32) *Ad L.* 1 § *16, De collat.*, D. ; *Opp.*, t. 5, col. 514.
(33) Sur le mot *dignitas*, comp. *Introd. gén.*, note 58, pp. 29 et suiv.
(34) Voy. Chap. II, § 1, note 19, p. 434.
(35) *Controv. Joh. Rob. et Jac. Cujac.*, lib. III, cap. XI ; Cujaç. *opp.*, t. 1, col. 1018 *in medio. Adde Notæ ad lib. VI, tit. 20.* C. Just., L. 20 ; *Opp.*, t. 7, col. 510.
(36) Voy. Cujas sur la loi précitée d'Ulpien, *loc. cit.* note 32, *supra*.

nant, par *dignitas*, on entend toute fonction publique non vénale (telle que le décurionat, l'édilité, le consulat), qui, lors bien que le titulaire a été obligé, pour s'en faire investir, de donner ou de promettre, suivant la coutume, quelques-uns de ces *honoraria pro introitu*, quelques-uns de ces *munera* de nous connus, quelque somme, enfin, *suffragii nomine vel solatii,* n'entre pas néanmoins dans son patrimoine, et reste étrangère aux éléments pécuniaires dont il se compose (37). D'où la conséquence, que le don ou la promesse que le père avait pu faire au nom de son fils, pour lui obtenir le consulat, par exemple, n'avait rien fait entrer dans le patrimoine du bénéficiaire, et que, dès lors, il n'y avait pas lieu à *collatio*. C'est pourquoi, le texte très-précis d'Ulpien, prévoyant la double hypothèse d'une donation réalisée; c'est-à-dire d'un déboursé effectué par le *pater*, et d'une simple promesse par lui faite, mais non encore suivie d'exécution au moment de sa mort, statue qu'au premier cas, le fils n'a rien à rapporter, et, qu'au second, la charge de la promesse ne pèsera pas exclusivement sur celui des héritiers qui est revêtu de la *dignitas,* mais sera commune à tous, décision étroitement corrélative à cette idée, que le rapport n'est pas dû : car, si on eût donné une solution contraire, la dépense ne se serait pas imposée à tous, mais à celui-là seulement au profit de qui elle aurait été promise (38). Il y a mieux : à supposer même que ce don ou cette promesse du père, au lieu de s'adresser au Prince ou au peuple, aient été faits au fils personnellement, pour l'aider à se maintenir à la hauteur de son rang, notre texte implique que cette gratification *dignitatis causa* n'aurait pas été soumise à la *collatio*, comme étant destinée à soutenir certaines charges spéciales inhérentes à la *dignitas* : « *hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportere* », dit Ulpien avec beaucoup d'exactitude; ce que Cujas commente fort bien en disant : « *Lex ait non*

(37) Voy. chap. 1, § 2 *in fine*, pp. 357 *in fine* et suiv.
(38) Comp. Const. 2, *De collat.*, C. Just., VI, 20.

conferri : quoniam æquum est, ut eam dignitatem habeat præcipuam, quo sustineat ejus dignitatis onus : nam nulla est dignitas, cui non cohæreat onus, l. 2. §. Numerus. de vacat. mun. (L. 2 § 1, fr. Ulp., D., L, 5). » On peut, ce nous semble, sans faire erreur, s'emparer de ce motif d'équité, et le transporter à la nouvelle *collatio* du Bas-Empire, pour en exempter une donation du même genre, faite à l'occasion d'une *dignitas* à obtenir; car, les ressources que le père avait, dans ce but, assurées à son fils, ou l'argent qu'il avait dépensé à cette fin en sa faveur, ne constituaient pas vraiment un avantage gratuit, puisque ces déboursés divers qu'il avait pu faire, étaient destinés à subvenir aux *onera dignitatis* et ne pouvaient pas être considérés comme une donation, au sens rigoureux du mot. Or, c'est un principe général que les avantages reçus à titre absolument gratuit sont seuls rapportables.

Que si, de la *dignitas*, on passe à la *militia*, les choses changent singulièrement d'aspect. La *militia* était bien encore, sans doute, une fonction publique, mais susceptible d'être vendue, et dont la valeur entrait dans le patrimoine et dans la succession du titulaire, où elle constituait un élément actif. Si donc le père avait contribué à procurer gratuitement à son fils cette valeur, il avait grossi d'autant le patrimoine de celui-ci, et, partant, les autres héritiers étaient parfaitement fondés à soutenir en droit qu'il avait reçu un avantage pécuniaire à titre gratuit du défunt, dont il devait leur tenir compte, et que, d'après les principes énoncés et appliqués par Justinien, ils avaient droit au rapport.

Cette comparaison entre la *dignitas* et la *militia* lève donc toute espèce d'antinomie entre les textes, et fait disparaître une difficulté beaucoup plus imaginaire et apparente que réelle, puisque, si l'on considère attentivement la nature de l'une et de l'autre, on aperçoit qu'il n'y a aucune contradiction à admettre que la donation faite *occasione militiæ* est soumise à l'obligation du rapport, tandis que celle faite *dignitatis causa* y échappe.

Etant donné que les *militiæ venales* furent, dans le dernier

état du droit, assujetties à la *collatio*, une question se pose sur laquelle les textes restent muets, mais qu'il ne nous paraît pas impossible de trancher assez facilement, aidé que nous sommes des notions très-précises que nous possédons sur le caractère exact des milices vénales. C'est celle de savoir comment s'en effectuait le rapport.

Il est certain qu'il ne pouvait pas se faire par tous les procédés employés de droit commun, et dont deux nous sont indiqués par Pomponius, cité par Ulpien : « *Aut... re,... aut cautione facienda collatio est.* » (39) La *collatio* ayant lieu *re* quand celui qui en était tenu mettait réellement dans la masse à partager les biens qui lui appartenaient, il est manifeste que ce mode de rapport en nature ne pouvait pas s'appliquer à une *militia venalis*. Nous en dirons autant de la *collatio cautione*, qui consistait, de la part de l'enfant soumis au rapport, à promettre qu'il ferait la *collatio* (40). En effet, le principe de l'irrévocabilité de la nomination du titulaire, qui, d'ailleurs, tenait son titre du Prince, et non de l'ascendant, devait entraîner l'exclusion de l'un et de l'autre procédé, puisqu'ils auraient exigé, peut-être contre l'intérêt public, qu'un bon fonctionnaire se dépouillât de sa charge, ou promît de s'en démettre dans un certain délai.

Aussi bien, l'exemption que nous avons vu Anastase accorder aux *silentiarii* (*supra*, pp. 604 et suiv.) ne consistait-elle nullement dans la dispense d'une *collatio re* ou *cautione*, mais dans une dispense totale de rapport, autrement dit, du rapport même *remissione* de la valeur de la milice, le seul possible en notre matière.

---

(39) L. 1 § 11, *De collat.*, D., XXXVII, 6.

(40) L'Edit du préteur ne parlait que de cette promesse, et gardait le silence sur la *collatio re*. (L. 1 §§ 9 et 11, *De collat.*, D.) Ce n'était point une *promissio nuda*, mais bien une *promissio cum satisdatione*, en ce sens qu'elle devait être fortifiée par des gages ou des fidéjusseurs. (L. 1 § 9 précitée. Cf. L. 7, fr. Ulp., *De stipul. prætor.*, *eod.*, XLVI, 5.) Ajoutons que la *collatio cautione* n'était point exclusive de la *collatio re* qui aboutissait à un partage, *divisio*, des biens rapportés entre tous les cohéritiers, et que ces deux procédés pouvaient être combinés. (L. 1 § 11 précitée.)

Ce dernier genre de rapport, dont un texte d'Ulpien qui y est relatif (41) autorise la qualification que les interprètes lui ont donnée, consistait, de la part du débiteur de la *collatio*, à remettre dans la succession une valeur égale à celle de la chose qu'il devait rapporter, quel que fût d'ailleurs le mode de prestation au moyen duquel il donnait ainsi satisfaction à ses cohéritiers. Ce procédé était ici particulièrement pratique, en ce que la quotité de la *collatio* étant déterminée, — nous allons voir sur quelle base d'estimation, — le débiteur de cette *collatio* avait un moyen facile de se libérer, en fournissant à ses cohéritiers créanciers un équivalent suffisant pour les remplir de leurs droits. Nous pensons, du reste, que si le titulaire de la milice n'avait pas été en mesure d'opérer actuellement la *remissio*, il aurait pu, soit *cavere de remissione cum satisdatione*, conformément à l'Edit (voy. note 40, *supra*), soit rapporter en moins prenant, à la condition toutefois que les forces actives de la succession fussent assez considérables, pour permettre de recourir à un partage de cette nature.

Quelle était, maintenant, la valeur dont le titulaire d'une milice vénale était comptable envers ses cohéritiers ? En d'autres termes, à quel moment fallait-il se placer pour faire l'évaluation? Devait-on se reporter au jour où s'était réalisé pour le descendant l'avantage qui le soumettait aujourd'hui au rapport, ou ne s'attacher qu'à l'époque de la mort du disposant ? Justinien ne laisse planer aucun doute à ce sujet. Ce que l'officier devait rapporter, c'était, non pas le prix d'achat de la milice, mais son estimation *die mortis donatoris*, ou, comme le dit ce Prince, ce qui était rapportable, c'était le *lucrum* au jour de la mort du donateur. Il met ces deux points en pleine lumière, dans les deux Constitutions que nous avons citées plus haut. Tout d'abord, en ce qui concerne ce qui devait être rapporté, il nous dit : « *Imputari vero filiis aliisque personis, quæ dudum ad inofficiosi testamenti querelam vocabantur, in legitimam portionem et illa volumus, quæ occasione militiæ*

(41) L. 1 § 12, *De collat.*, D., XXXVII, 6.

ex pecuniis mortui eisdem personis acquisita, posse lucrari eas manifestum est : eo quod talis sit militia, ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad ejus heredes perveniat.... » (42) Et autre part, relativement à l'imputation sur la légitime : « .... *Quod tam in aliis, quam in his quæ occasione militiæ uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitæ lucraturis, qui militiam meruit, locum habebit....* » (43)

Voici, à présent, quant à l'époque de l'estimation : « .... *Ita tamen ut ille gradus ejusdem militiæ inspiciatur, quem in morte testatoris militans obtinet : ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantam dari constitutum est, si in eo gradu mortuus esset is, qui militiam ex pecuniis testatoris adeptus est....* » (44) Et ailleurs : « ..... *ut lucrum quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum testamento condito quartæ parti ab intestato successionis computetur, sed etiam ab intestato conferatur.* » (45)

---

(42) Const. 30 § 2, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28. Justinien insiste avec raison sur cette circonstance, que la milice doit être vénale et héréditaire pour être rapportable. Car, autrement, il en serait d'elle comme d'une *dignitas* ; elle échapperait à l'obligation de la *collatio*. (Voy. Cujas, sur la L. 1 § 21, *De collat.*, D., XXXVII, 6 ; *Opp.*, t. 4, col. 73.)

(43) Const. 20 pr., *De collat.*, C. Just., VI, 20.

(44) Const. 30 § 2 précitée, suite.

(45) Const. 20 pr. précitée, suite. — Les fragments des deux Constitutions que nous venons de relater méritent d'être lus très-attentivement, si l'on veut éviter une très-sérieuse difficulté. Elles semblent, au premier abord, signifier que le titulaire devait tenir compte à la succession, non-seulement de la valeur de la charge, mais encore des profits qu'il avait, jusqu'au jour de la mort, tirés de la milice dont son père avait fait les frais, ce qui, comme on le voit, aurait rendu cette *collatio* fort onéreuse. Telle fut, jusqu'à Loyseau, l'interprétation courante donnée aux deux passages précités. Il y substitua avec beaucoup de raison une doctrine toute différente, et qui se trouve bien plus en harmonie avec les principes généraux. En effet, le système primitif crée une véritable antinomie dans le droit et fait naître une difficulté considérable, à moins qu'on ne préfère dire qu'il commet une erreur résultant d'un oubli. Les profits de la milice, cela est incontestable, constituaient des *bona quasi castrensia;* or, nous savons précisément que les biens du pécule *quasi castrense* ne se rapportaient pas. (Voy. notes 19 et 21, *supra.*) Pourquoi donc nos deux Constitutions les soumettraient-elles à l'obligation de la *collatio ?* On ne le comprendrait pas. Aussi bien, à y regarder de près, trouve-t-on qu'elles ne disent nullement qu'il faille soit rapporter, soit imputer sur la légitime les fruits de la milice. « *Imputari vero filiis aliisque personis..... in legitimam portionem et illa volumus, quæ occasione militiæ ex pecuniis mortui eisdem personis acquisita, POSSE LUCRARI eas manifestum est.* » C'est ainsi que

Cette théorie générale doit être couronnée par une double observation :

1° Nous remarquerons, tout d'abord, que le rapport de la milice n'aurait pas été dû dans les deux cas suivants :

α. En premier lieu, si la milice avait péri par cas fortuit, par le fait du Prince, par exemple, à la suite d'une réduction ayant atteint la milice donnée, ou d'une suppression totale de la classe de celles à laquelle elle appartenait. Le jurisconsulte Paul pose, en effet, ce principe général, que l'héritier n'est pas tenu de rapporter ce qu'il a cessé de posséder sans dol et sans faute (46);

β. En second lieu, en cas de dispense formelle, c'est-à-dire bien évidente de la part du testateur (47).

2° Notons ensuite, qu'à partir de l'année 537, Justinien ayant,

---

s'exprime la Constitution 30 § 2, *De inoff. testam.*; elle parle au présent, POSSE. et ne dit pas POTUISSE au passé ; ce qui revient à dire que le fils doit imputer sur sa légitime le prix qu'il pourrait actuellement gagner et retirer de la milice; soit, en d'autres termes, le *casus militiæ* (voy. note 4, *supra*); et c'est ce que montre clairement la suite du passage précité, dont l'objet est d'interpréter la forme de ce rapport, et qui serait absolument superflue dans la première doctrine. Tel est si bien le sens de la loi 30 § 2, que la Constitution 20 pr., *De collat.*, parle le même langage et emploie toujours le présent : « LUCRATUR... — *ut lucrum quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire* POTERAT », et non le passé : « LUCRATUS EST... — *pervenire* POTUERAT. » Concluons donc de tout ceci avec Loyseau que ces deux textes n'exigent le rapport que du *casus militiæ*, ce qu'ils expriment au moyen de périphrases sans doute, mais qu'il est aisé de comprendre, quand on y regarde attentivement. Que notre formule finale soit donc celle-ci : le titulaire doit rapporter, au sujet de la milice vénale et héréditaire, sujette à la *collatio*, non pas le prix qu'elle a coûté, mais une valeur égale à celle qu'il en pourrait tirer par vente, ou bien qu'on en retirerait en le supposant mort en possession du grade qu'il occupe *die mortis donatoris*. (Voy., sur toute cette discussion, Loyseau, *op. cit.*, liv. III, chap. x, nos 52 et suiv. Comp. Cujas, *Opp.*, t. 7, col. 510, *Notæ ad lib. VI, tit. 20*, C. Just., L. 20, et col. 1031; Doneau, *Comment. De jure civili*, lib. XIX, cap. IV, XXXVII, *Opp.*, t. 5, coll. 534 et suiv.)

(46) L. 2 § 2, *De collat.*, D., XXXVII, 6. Cf. L. 1 § 23, *eod.*

(47) Novell. XVIII, cap. VI. Il convient de remarquer que Justinien n'exige pas que la dispense de rapport soit exprimée en termes sacramentels; tout ce qu'il demande, c'est que l'intention du disposant résulte nettement du testament. En un mot, l'adverbe *expressim*, dont se sert l'empereur, est ici synonyme d'*evidenter*. Telle est l'interprétation que l'on donnait de la Novelle dans les pays de droit écrit. Elle est encore importante à constater de nos jours, parce qu'il est aujourd'hui certain que le terme *expressément*, emprunté par l'art. 843 de notre Code civil au chapitre VI de la Novelle XVIII, n'a pas d'autre sens chez nous que l'ancien mot latin, et signifie simplement *avec évidence*.

par la même Novelle XVIII (cap. VI), qui vient de nous fournir la décision précédente, renversé la règle de l'ancien droit, d'après laquelle l'héritier qui venait *ex testamento* ne devait pas le rapport, à moins que le testateur ne le lui eût imposé comme une condition de l'institution (48), et ayant décidé qu'il serait désormais soumis à la *collatio* s'il n'en avait pas été nettement dispensé par le testateur, il n'est pas douteux que les titulaires des milices virent peser sur eux cette obligation, et qu'ils durent s'en acquitter envers leurs cohéritiers institués dans les conditions par nous indiquées.

Telles sont, exposées d'une manière générale, les règles principales qui gouvernaient les milices romaines, auxquelles les derniers empereurs avaient concédé le double privilège de la vénalité et de l'hérédité.

Malgré tout le scrupule avec lequel nous nous sommes livré à cette étude, nous n'osons pas nous flatter de l'avoir traitée avec un plein succès, et ce n'est pas sans quelque hésitation, en songeant aux nombreuses imperfections qui s'y doivent rencontrer, que nous la livrons à la critique de ceux qui voudront bien la parcourir. Notre ambition sera satisfaite, si nous sommes parvenu à résoudre quelques problèmes peu connus, et surtout si notre travail forme le point de départ de théories nouvelles plus approfondies sur une matière devant l'obscurité de laquelle plusieurs de nos anciens auteurs s'étaient effrayés (49). Si l'on veut bien

---

(48) Constt. 1, 7 et 9, *De collat.*, C. Just., VI, 20; L. 8, fr. Papin., *De dot. collat.*, D., XXXVII, 7.

(49) Nous ne saurions trop recommander de méditer à cet égard ces paroles de Loyseau, que nous extrayons de son traité des offices, liv. II, chap. VIII, nos 28 et 29 :

28. « ... Sous pretexte que la nature et condition de ces Milices étoit notoire pendant qu'elles étoient en usage, comme a dit Justin. en sa Nov. 53. elle n'a été ny expliquée aucunement, ny même raportée dans les livres des autheurs de ce temps-là, qui ont été les derniers écrivains du droict Romain. De sorte qu'à present elle nous est aussi cachée, comme possible d'icy à mil ans il sera mal aisé de parler avec certitude de la nature et usage des Offices, qui sont maintenant en la Cour, si jusques à lors personne n'en met rien par écrit. »

29. « De fait *Antonius Augustinus*, l'un des plus doctes personnages de nostre siecle,

mesurer nos efforts à la difficulté de l'œuvre, nous nous permettons d'espérer que notre zèle aura son excuse, et que l'on y verra moins la folle ambition d'avoir voulu essayer nos forces sur un sujet sans doute hors de mesure et de proportion avec elles, que l'on n'y trouvera le désir de faire appel à la science moderne, sur une matière encore si peu abordée, et cependant si attrayante et si pleine d'intérêt.

---

et sur tout des mieux versés en l'antiquité Romaine, est contraint, en l'epistre qu'il a écrit sur ce sujet à *Lælius Taurellus*, d'avoüer et reconnoistre qu'il n'y entend rien. Et *Lælius Taurellus*, qui à sa persuasion en a fait un petit traité, confesse tout au commencement d'iceluy, que c'est une matiere tellement pleine d'obscurité et d'incertitude, qu'il y faut plustost deviner que resoudre : aussi j'ose dire, qu'en tout son traité il n'y a presque rien de remarquable, ny même veritable en façon quelconque. »

Nous sommes convaincu que quiconque aura lu ces passages, comprendra sans peine l'attention minutieuse que nous avons dû apporter à cette étude.

APPENDICES.

Dans les deux appendices qui vont suivre, nous allons nous livrer à une double recherche, à laquelle chacun d'eux sera destiné à répondre.

Nous voulons nous demander tout d'abord quelles sont les charges vénales que l'antiquité a connues, et dont les titulaires offraient le plus de traits de ressemblance avec nos officiers ministériels actuels.

Nous nous proposons, en second lieu, de présenter un aperçu sommaire du pécule *quasi castrense*.

APPENDICE I.

DES ANCÊTRES DE NOS OFFICIERS MINISTÉRIELS.

Est-il possible de retrouver à Rome des fonctions analogues à celles qu'exercent nos officiers ministériels, comme nous y avons rencontré pour les *militiæ venales*, soit dans le droit public, soit dans le droit privé, des règles fort semblables et parfois même identiques à celles qui régissent et gouvernent la transmission de nos offices modernes? A cette question, il ne faut pas hésiter à répondre affirmativement. Nos différents officiers, énumérés par l'art. 91 de la loi des 28 avril-4 mai 1816, n'y furent point, en effet, complètement inconnus. Mais, soit à cause d'une organisation judiciaire absolument différente de la nôtre, soit plutôt pour des motifs qui tiennent au caractère, à l'esprit et aux mœurs si per-

sonnels du peuple Romain, leurs charges n'y acquirent jamais l'importance qu'elles ont aujourd'hui revêtue parmi nous.

Il convient de remarquer toutefois que ces fonctions ne furent pas uniquement celles des titulaires de milices vénales, dont le plus grand nombre jouissaient d'attributions administratives auprès du Prince ou de ses principaux représentants dans les diverses parties de l'Empire ; quelques-unes d'entre elles étaient exercées par des personnes non titulaires de milices, de telle sorte qu'ici, l'analogie entre les *militiæ venales* et nos offices ministériels disparaît et s'efface.

Passons donc successivement en revue ces différents officiers (1).

I. — *Des greffiers et des notaires* (2).

Quoique l'usage ait apporté, comme le dit Loyseau, que *scribæ*

---

(1) On pourra sur chacun d'eux consulter MM. Walter, Maynz et Willems. (Voir les renvois aux tables des ouvrages de ces auteurs à chacun des mots qui vont être cités.)

(2) Voy. sur ce sujet Loyseau, *op. cit.*, liv. II, chap. v, auquel sont empruntés (in *initio* du chapitre) les passages qui vont suivre ; voy. spécialement : 1° sur les *scribæ* : Sigonius, *De Republic. Athen.*, lib. II, cap. IV, Mediol., 1736, t. 5, col. 61 B ; *De antiq. jure Civ. Roman.*, lib. II, cap. IX, Mediolani, 1736, t. 5, coll. 230 et suiv. ; *De antiq. jur. provinc.*, *passim* ; voy. d'ailleurs à l'*Index* ; P. Barral, *op. cit.*, v° SCRIBÆ ; A. Rich, *op. cit.*, v° SCRIBA ; de Valois, *Ad Ammian. Marcell.*, XXVIII, 6, *nota i* ; Ernesti, *Index latin. Cicer.*, v° SCRIBA ; Forcellini, *Thesaurus*, *eod. verbo* ; MM. Rein, *Scribæ*, dans la *Pauly's Real-Encycl.*, t. VI, 876 ; Hagen, *Die Scribæ*, dans les *Unters. über röm. Gesch.*, Königsberg, 1854, I, pp. 38-62 ; Lange, *Röm. Alterth.*, t. I, chap. v, § 90, 4, pp. 663 et suiv., Berlin, Weidmann, 1856 ; Krause, *De scribis publicis Romanorum*, part. I, Magdeburg, 1858 ; U. Wilamowitz-Moellendorf, *Le* Γραμματεὺς τῆς πόλεως, dans *Hermes*, t. XIV, n° 1 ; G. Gilbert, *Le greffier du conseil d'Athènes*, dans le *Philologus*, 1879, fasc. 1 ; Mommsen, *Handb.*, 2e éd., t. I, pp. 331 et suiv. ; Torres Campos, *Etudes de bibliographie du droit et du notariat* (en espagnol), pp. 119 et suiv., Madrid, 1878 ; E. Egger, *Recherches historiques sur la fonction de secrétaire des Princes chez les anciens*, dans ses *Mémoires d'histoire ancienne et de philologie*, pp. 220 et suiv., Paris, 1863 ; Dezobry, *op. cit.*, t. I, pp. 183 et suiv. ; Foucart, *Rev. archéol.*, t. XXXV, p. 119 ; C. Schæfer, *De Scribis senatus populique Atheniensium*, dont M. G. Perrot a présenté le compte-rendu dans la *Revue critique d'histoire et de littérature*, 1879, n° 29, pp. 53 et suiv. ; — 2° sur les notaires : M. J. Michot, *Origines du notariat*, Paris, 1878. — Voir aussi sur les scribes, tabellions et notaires, Etienne Pasquier, *Les recherches de la France*, liv. IV, chap. XIV, et A. de Bast, *Origines judiciaires*, pp. 199 et suiv.

signifie le greffier (3) et *tabularius* le tabellion (4)*, l'un et l'autre

(3) Au mot *scriba* s'attache toujours l'idée de rédacteur, et, d'une manière générale, celle d'écrivain, considéré non pas seulement dans son rôle purement mécanique, mais envisagé à un point de vue tout à la fois plus élevé et plus libre. Aussi ce terme désigna-t-il à l'origine le poète : c'est ainsi que le *collegium poetarum*, organisé en l'an 545, s'appela primitivement *collegium scribarum*. (Festus, p. 333, éd. Müller ; lib. XVII, t. 194, p. 594, éd. Panck. ; Jahn, dans les *Leipz. Berichte*, 1856, pp. 293 et suiv.) De même, quand on emploie ce mot *scriba* à propos d'une personne remplissant une fonction subalterne dans une entreprise ou dans une affaire, c'est toujours le secrétaire qu'il désigne. C'est pourquoi on s'en sert de préférence avec l'expression *a commentariis*, pour désigner cette espèce de fonctionnaires dans les municipes (Henzen, *Indic.*, IX, 4, p. 164, *col. rect.*) et dans les *collegia*. (*Id.*, *eod.*, X, p. 179, *col. rect.*) Nous verrons même (*infra*, texte et note 42) que le *scriba pontificum* devint par la suite *pontifex minor*. Pareillement, le mot *scriba* est employé tour à tour avec le mot *ab epistolis* pour désigner le secrétaire de certains particuliers haut placés. De cette espèce sont le scribe de Sulla, Cornelius (Sallust., *Hist.*, I, 41, 17, éd. Dietsch) et le scribe de Cicéron, M. Tullius, qui l'accompagna en Cilicie, en l'an 703 de Rome (Cic., *Ad Att.*, V, 4, 1 ; *Ad famil.*, V, 20), et qui plus tard fut encore occupé par lui. Ce dernier est, comme le précédent sans doute, un affranchi de son maître (Cic., *Ad famil.*, V, 20, 2 : *a meo servo scriba*) ; cela nous explique pourquoi ils portent les noms que nous venons d'indiquer, et qui sont précisément empruntés à ceux de leur patron. Ce M. Tullius était, à n'en pas douter, un serviteur privé ; toutefois, Cicéron ne l'employait pas comme simple copiste, mais il le chargeait également des comptes. (Cic., *loc. cit.*) On donnait aussi parfois le nom de *scribæ* aux esclaves et aux affranchis employés par l'empereur comme secrétaires. (Orelli, nos 41, 888, 2993.) — Au *scriba*, c'est-à-dire au secrétaire, on oppose directement le copiste de profession, *librarius*, terme qui lui est techniquement réservé en propre, si bien que Cicéron oppose aux *librarii* par lesquels il fait copier, publier et répandre les aveux des partisans de Catilina, les quatre sénateurs par lesquels il les avait fait recueillir, et qu'il désigne sous le nom de *scribæ mei*. (*Pro Sulla*, XIV, 41 et suiv. ; XV, 42 et 44 : cf. *De leg. agrar.*, II, 5, 13 *in fine*.) Ce qui prouve bien, du reste, que ces *librarii* étaient distincts des *scribæ*, c'est qu'il est question des uns et des autres dans les lois municipales, comme par exemple dans la *Lex coloniæ Juliæ Genetivæ*. (Voy. Mommsen, *Handb.*, t. 1, p. 321, note 1.) Au demeurant, les scribes étaient exclusivement occupés de comptes et de rédaction, tandis que les *librarii* n'étaient que de simples copistes. Toutefois les *apparitores* libres de cette espèce ne se rencontrent que dans les municipes. C'est ainsi que la *Lex col. Jul. Genet.* donne aux *duoviri* un *librarius* aux appointements de 300 sesterces, à côté de deux *scribæ* ayant une rétribution de douze cents ou mille sesterces. (Voy. Mommsen, *Handb.*, *loc. sup. cit.*) Dans l'*apparitio* d'Ostie (Orelli, no 4109 ; cf. Wilmanns, no 1738), les *scribæ cerarii* et les *librarii* semblent correspondre aux *scribæ* et aux *librarii* de la *Lex col. Jul. Genet.* (Mommsen, *eod.*, p. 339, note 1.) Mais on ne trouve, parmi les *apparitores* de Rome, absolument aucune trace de *librarii* de ce genre, c'est-à-dire de semblables scribes libres de cette seconde classe. Aussi Mommsen (*eod.*, note 2) estime-t-il qu'il faut effacer la copulative *et* après le mot *scribas* dans le sénatus-consulte de 743, relatif aux *curatores aquarum*, dont parle Frontin (*De aq.*, 100). Il est probable que le service des *librarii*, là où le besoin s'en faisait sentir, était rempli à Rome par des esclaves publics. — Quant à la locution *scriba librarius*, composée de deux termes qui, ainsi que le prouvent Festus (*loc. sup. cit.*) et de nombreuses inscriptions, correspondent à une seule et même idée, elle se réfère en quelque façon à un mélange du *scriba*, qui est

* Voir note 4, page 620.

exerçaient toutefois des charges dont la connexité et la similitude étaient telles, qu'ils se trouvaient compris sous les expressions communes de *scribæ* et de *tabularii*, termes souvent employés indifféremment et comme synonymes. De là le rapprochement qui en est fait dans le *Vetus Glossarium*, où on lit : *Tabularius sive Tabellio dicitur Scriba publicus*. Telle est aussi la raison pour laquelle ce même rapprochement se rencontre chez les peuples les plus différents et aux époques les plus diverses. C'est ainsi qu'en Grèce, comme l'écrit Loyseau, « Aristote liv. 8. des Polit. chap. 8. faisant le dénombrement des Officiers necessaires à une cité, y met celui qui reçoit les sentences et les contracts (5)... Quoy qu'il en soit, il n'en fait qu'un Office ; il est vrai qu'il dit qu'en quelques Republiques ce sont Offices separez, qui toutefois n'ont qu'un mesme pouvoir et autorité. » Et de même « ordinairement és loix Romaines *Scribæ et Tabularii* sont conjoints en-

---

plus élevé, et du *librarius* qui lui est inférieur, en ce sens qu'elle implique moins que *scriba* tout court, mais plus que le mot *librarius* employé seul ; et, par exemple les fonctionnaires municipaux de cette catégorie ne s'appellent jamais *scribæ librarii*, mais seulement *scribæ*. Cela nous permet de comprendre pourquoi, si le terme *librarius* est fréquemment omis, on ne passe guère sous silence le mot *scriba*, quoiqu'il existe cependant quelques rares exemples de ce fait. (Voy. notamment Cic., *De leg.*, III, 20, 46, — passage dans lequel l'expression dédaigneuse *librarii* est évidemment employée à dessein, — et une inscription où l'on relève la locution *librar(iorum) quæstor(iorum)* ; cette inscription, qui se trouvait d'abord à Rome, est maintenant à Copenhague ; voy. Ussing, *Graeske og latinske Indskr.*, Copenhague, 1854, p. 13 = *C. I. L.*, VI, 1826.) — Notons enfin que *scriptor* et *scriba* ne sont pas synonymes. Le premier de ces deux termes désigne, dans les inscriptions, celui qui écrit les affiches ou placards dans les élections. (*C. I. L.*, IV, 1904 et 2487 ; Henzen, nos 6975 et 6976.) — Voy. sur tout ceci Mommsen, *loc. cit.*, p. 331, note 1.

(4) Le nom de *tabularius* vient de ce que cet officier avait pour mission de garder et de conserver les actes publics, *tabulæ*, dans un dépôt public, ou sorte de greffe, appelé *tabularium*.

(5) On peut affirmer que des officiers publics, chargés de recevoir les contrats des particuliers et de les conserver, ont existé chez tous les peuples qui ont eu la notion des contrats. Des découvertes récentes du plus vif intérêt en témoignent d'une manière absolument irréfutable ; de vieux documents égyptiens, remontant à une antiquité fort éloignée, ont été déchiffrés par des savants, qui nous montrent spécialement des contrats de vente passés devant ces premiers notaires, si l'on peut qualifier de la sorte ces rédacteurs primitifs des conventions privées. (Voy., par ex., M. E. Révillout, *Études démotiques*, *Acad. des inscr. et Belles-Lettres*, séance du 17 août 1877 et séances suivantes.)

semble, comme en la Rubrique, *De Tabulariis Scribis et Logographis lib.* 10. *Cod.* (C. Just., X, 69). » Cela nous permet de comprendre comment certains actes étaient indistinctement reçus par des greffiers et des tabellions. Donc entre les uns et les autres, communauté de dénomination et d'attributions, qui nous autorise à en traiter cumulativement.

En ce qui touche le mot *notarius*, il ne désignait pas plus un greffier qu'un notaire. Ce terme s'appliquait spécialement à une sorte de sténographe (6), qui recueillait au moyen de signes

---

(6) C'est ce que plusieurs passages des auteurs latins établissent péremptoirement, en nous montrant le *notarius* agissant en cette qualité, soit en public, soit chez les particuliers. Ainsi, nous relevons dans Sénèque cette phrase de son *Apocolokyntose* (9) : « *Is* (Janus) *multa diserte, quod in foro vivat, dixit, quæ notarius persequi non potuit.* » On peut, sans difficulté, transporter ce passage dans la vie réelle, qui l'a d'ailleurs fourni au philosophe, ainsi que le prouve un texte de Quintilien. (*Inst. orat.*, VII, 2, *circa med.*) D'un autre côté, Ausone adresse toute une pièce d'éloges à un esclave habile dans l'art de la sténographie (*Epig.*, CXLVI, citée dans notre *Introd. gén.*, note 41, p. 18 *in init.* Cf. Martial, *Epig.*, X, 62, 4, et *loc. inf. cit.*), art dans lequel l'empereur Titus était, paraît-il, également très-versé, au rapport de son biographe. (Suet., *Tit.*, 3.) Les inscriptions sont aussi parfois élogieuses. (*Ex gr. :* Orelli, n° 2876, *in altera parte.* Cf. n° 1182.) Bon nombre de documents, en dehors de ceux qui viennent d'être cités, prouvent d'ailleurs que la tachygraphie a été d'un grand usage chez les Romains. Nul n'ignore que les auteurs avaient leurs *notarii* à qui ils dictaient leurs pensées. (Voy., par ex., Plin. Jun., *Epist.*, IX, 36.) Cette coutume s'est perpétuée jusqu'à notre époque, et elle fut suivie chez nous par plusieurs de nos grandes illustrations littéraires, parmi lesquelles nous citerons Cousin, Villemain, Sainte-Beuve, Thiers, Guizot, etc. Plutarque, dans sa *Vie de Caton*, nous apprend que Cicéron se servit du ministère de ces *notarii* pour recueillir les discours prononcés au Sénat dans la délibération sur les conjurés. D'après cet écrivain, il aurait même enseigné ce procédé à ses copistes, et le moine Trithème, auteur d'un traité sur la sténographie, va jusqu'à lui attribuer un dictionnaire tachygraphique qu'il découvrit en 1496 dans un monastère de son ordre et qui ne serait autre que le recueil des *notes* ou signes d'abréviation adressé par Cicéron à son fils, et augmenté par Saint Cyprien, évêque de Carthage. Quoi qu'il en soit de cette opinion plus aventureuse que fondée, l'origine de la tachygraphie, dont Manilius (*Astronom.*, IV, vers 197 et suiv.) a donné une description poétique (comp. Prudent., *Peristeph.*, IX, 23 et suiv., et Martial, *Epigr.*, XIV, 208, cités par Loyseau, *loc. cit.*, n° 9), remonte à une haute antiquité, puisqu'on la reporte jusqu'au temps d'Ennius. (Isidor., *Orig.*, I, 22.) Sénèque tenait cet art en un mépris profond (*Epist.*, *90, in med.*), ce qui nous fait croire avec M. Le Clerc (*loc. inf. cit.*) au défaut d'exactitude du témoignage d'Isidore, d'après lequel le philosophe serait l'auteur d'un recueil de signes sténographiques. (Comp. Loyseau, *ubi suprà*, n° 11.) Cicéron et Mécène (Dio Cass., LV, 7) purent bien protéger l'invention dont nous parlons ; mais Tiron et Aquila (Isid. et Dio, *locc. citt.*) en rédigèrent les manuels. La chronique d'Eusèbe (4e année de la 193e Olympiade) nous indique Tiron comme étant l'auteur d'un travail de ce genre ; et, de fait, ces *notes* sont

(*notæ*) les actes publics ou privés, et était commun à tous ceux qui écrivaient sous autrui les sentences et les contrats (7). « Et proprement », comme dit encore Loyseau, « ce mot signifie ceux qui recevoient et plûmetoient soit les sentences ou les contrats, autrement appellez *Exceptores* (8) : mesme tous ceux qui sçavoient l'art et l'industrie d'écrire par nottes et abbreviations. » C'est ce que confirme Saint Augustin en ces termes : « *Notas qui didicerunt proprie Notarii appellantur.* » (9) — Quant au terme *notæ*, le jurisconsulte Pedius, cité par Paul, nous apprend que ce n'étaient pas des lettres : « ... *Notas litteras non esse Pedius libro XXV ad Edictum scribit.* » (10) Selon l'expression de Loyseau, c'étaient

---

qualifiées *Tironiennes* par quelques-uns. (Voy., sur tout ceci, M. J.-V. Le Clerc, *Œuvres complètes de Cicéron*, t. 29, Introd., p. liv., éd. in-8, et *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 185, pp. 302 et suiv., note sur l'épigramme CXLVI d'Ausone.) — Comp. note 10, *infra*.

(7) Les documents littéraires et juridiques sont formels sur tous ces points. En ce qui concerne les actes publics, Lampride a déjà confirmé notre assertion dans une anecdote qu'il nous rapporte au sujet d'un *notarius* attaché au conseil d'Alexandre Sévère, et que nous avons relatée. (Voy. chap. I, § 2, note 6 *sub fin.*, p. 270 *in initio*. — Cf. Orelli, n° 1140.) Pareillement, Modestin (L. 33 § 1, *Ex quib. caus. maj.*, D., IV, 6, *ibiq.* D. Gothof., *nota* 75) s'occupe de ceux « *qui notis scribunt acta prædum.* » Enfin, les tribuns militaires avaient aussi leurs *notarii*, ainsi que nous le voyons par la lettre si curieuse de Valérien à Zosimion, procurateur de Syrie, au sujet de Claude, alors tribun de la cinquième légion de Mars. (Trebell. Poll., *Claud.*, 14.) — Relativement aux actes privés, Paul n'est pas moins précis : il nous montre un *notarius* sténographiant un testament sous la parole d'un testateur militaire, mort avant que l'acte ait pu être traduit et rédigé en écriture vulgaire : « *Lucius Titius miles notario* [*suo*] *testamentum scribendum notis dictavit, et antequam litteris perscriberetur, vita defunctus est.* » (L. 40 pr., *De testam. milit.*, D., XXIX, 1.)

(8) Du verbe *excipere*, écrire, ou, pour mieux dire, prendre à la volée les paroles et les recueillir à l'aide de signes. (Voy. Suet., *Tit.*, 3.)

(9) *De doctrina Christ.*, lib. II.

(10) L. 6 § 2, *De bonor. possess.*, D., XXXVII, 1. Cf. L. 40 pr., *De testam. mil.*, D., XXIX, 1, citée note 7, *supra*, *in fine*. — On consultera avec fruit, sur ces *notæ*, les anciennes Tables de M. Valerius Probus (*De notis Romanorum interpretandis*), de Magnon (*Notæ juris*), et de Paul Diacre (*De notis litterarum*); J. Nicolaï, *De Siglis veterum*, Leyde, 1706; Fabricius, *Biblioth. lat.*, II, 9; J. Lips., *Epist.*, Centur. I, *Ad Belgas*, ep. 27, et surtout le recueil d'*Inscriptions* de Gruter, où se trouve rapporté, à la fin du dernier tome, un long alphabet qui rassemble tout ce qui nous reste de ces anciens caractères, altérés par les copistes, et dont plusieurs « sont plus compliqués que les mots écrits en toutes lettres », dit M. Le Clerc (*loc. cit.* note 6, *supra*), et c'est avec raison. (Voy., en effet, les exemples de sigles donnés par Cujas, *loc. cit.* note 13, *infra*.) Voir enfin le *De juris notarum significatione* de M. Valerius Probus, dans le *Novum Enchiridion* de M. Giraud, pp. 573 et suiv. Cf. *Juris romani antiqui vestig.* du même auteur, pp. 85 et suiv.

les *signa litterarum* « ... que Justinian *In constit. Græca digestorum* dit avoir été de son temps appellées Σίγλας (11), d'où Cujas dit venir nôtre mot de *Sifres,* ou *Chifres* (12) : bien que lui-mesme livre 12. des Observat. chap. dernier, mette difference entre les nottes et les sigles, qu'il dit estre *singularias litteras.* » (13) Les *notæ* une fois prises par le *notarius* étaient ensuite mises au net, et rédigées en actes (*in mundum redigere contractum*) par les *scribæ*, les *tabularii* ou les *tabelliones* (14).

Revenons un instant sur eux. En ce qui concerne tout d'abord les *scribæ*, terme d'origine extrêmement ancienne (15), le rôle qu'ils ont joué sur la scène juridique a été trop important pour que nous les passions absolument sous silence. Pour ne nous placer que sur le terrain du droit pur, nous dirons que leurs fonctions, fort estimées chez les Grecs, qui n'y admettaient que des personnes d'une probité éprouvée et d'une capacité reconnue,

---

(11) En latin *Sigla* : *Præfat. Digest.*, I, *De concept. Digest. ad Tribon.*, § 13; *ad antecess.*, § 8; II, *De confirmat. Digest. ad Senat.*, § 22. On trouve aussi *singlæ* comme synonyme de *notæ* ou *signa* dans la IIIe Constit., *Ad magnum Senatum*, § 22, des *Præfat. Digest.*; mais la leçon est ici douteuse. (Cf. Novell. Justinian. CVII, cap. I et Novell. Basil., c. II.)

(12) « ... *Notæ autem non sunt litteræ,..... sed sunt compendia quædam dictionum, sive, ut Plutarchi verbis utar in* CATONE MINORE : *σημεῖα ἐν μικροῖς καὶ βραχέσι τύποις πολλῶν γραμμάτων δύναμιν ἔχοντο* : NOTÆ, QUÆ MINUTIS ET BREVIBUS FIGURIS MULTARUM VIM LITTERARUM COMPLECTUNTUR : *quas suo tempore σιγὰν* (mot tronqué) *vocatas fuisse scribit Justinianus in* GRÆCA PANDECTARUM AUCTORITATE, *unde forsitan Galli dixere :* SIFRAS. » (Cujas, *Observat. et emendat.*, lib. III, cap. III *in init.*; *Opp.*, t. 1, col. 57.)

(13) *Opp.*, t. 1, col. 262.

(14) Comp. Loyseau, *loc. cit.*, n°s 10 et 11.

(15) Qu'on se rappelle, pour s'en convaincre, la prédominance des *Scribes* dans l'histoire sacrée, qui, mieux que tout le reste, accuse nettement la très-haute antiquité de cette dénomination, si familière et si courante dans la Bible, ainsi qu'il est aisé de s'en rendre compte, en se reportant aux mille passages auxquels renvoient les tables de concordance. (Voir spécialement : *Sacr. Biblior. concordantiæ recensitæ atque emendatæ a Francisco Luca*, Coloniæ Agrippinæ, CIↃ IↃCLXXXIV. — Consulter encore Sigonius, *De Republ. Hebræor.*, lib. V, cap. X, et lib. VII, cap. VIII, Mediolani, 1734, in-fol., t. 4, foll. 329 et suiv., et 407 et suiv.; *junge eod.*, B. Sulp. Sev. *Sacr. histor.* lib. II, f° 114, note 130; le *Dictionn. encyclopédique de la théologie catholique* des docteurs Wetzer et Welte, traduit par Goschler, mot PHARISIENS, t. 18, pp. 124 et suiv.; *Les conférences diocésaines*, t. 18, p. 197; Maurice Lachâtre, *Le dict. univ.*, mot SCRIBE; M. Littré, *Dict.*, même mot, 2°, et Larousse, *Grand Dict. unic. du* XIXe *siècle*, *eod. v.*)

furent loin d'être aussi prisées à Rome (16), du moins à partir de la République. (17)

Parmi les magistrats ayant des scribes, il convient de place

---

(16) Cornel. Nepos, *Eumenes*, I. « .....*Eum* (Eumenem) *habuit* (Philippus) *ad manum scribæ loco, quod multo apud Graios honorificentius est quam apud Romanos. Nam apud nos revera, sicut sunt, mercenarii scribæ existimantur : at apud illos contrario nemo ad id officium admittitur, nisi honesto loco, et fide et industria cognita, quod necesse est, omnium consiliorum eum esse participem.* » — Athènes, de même que les autres villes libres de l'ancienne Grèce, avait ses greffiers, désignés sous les noms de γραμματεῖς, ὑπογραφεῖς, ἀναγραφεῖς ; ils rédigeaient ses délibérations publiques, transcrivaient ses décrets et expédiaient sa correspondance. (Franz, *Elementa epigraphices græcæ*, pp. 316 et 319; Rangabé, *Antiq. hellén.*, t. 2, n° 425; MM. Egger, *op. cit.*, pp. 223 *in fine* et suiv.; G. Perrot, *Essai sur le droit public d'Athènes*, pp. 41, 14 et suiv.) Une inscription mutilée d'une ville grecque d'Asie (*C. I. Gr.*, n° 3858, dans les *Addenda*) contient la signature de plusieurs secrétaires, qui avaient opéré la transcription d'actes publics. — Du reste, il ne faut pas exagérer la portée de la proposition émise au texte, sur la foi du témoignage très-précis de Cornelius Nepos. Quelque réelle qu'ait été l'influence des scribes ou greffiers du Sénat et de l'assemblée, et surtout des magistrats et des tribunaux, influence si évidente qu'une loi avait décidé qu'une même personne ne pourrait, deux ans de suite, servir de secrétaire à une même magistrature (Lysias, XXX, 29; comp. note 47, *infra*), il n'en est pas moins vrai que les γραμματεῖς étaient en général des gens de condition inférieure, par cette raison que leurs fonctions, qui en faisaient nécessairement des subordonnés, les conduisaient rarement aux charges et aux honneurs. On s'explique, dès lors, comment il serait difficile de trouver, en dehors d'Eschine, un homme d'Etat athénien qui ait voulu se frayer, par ce chemin, une route vers la politique. Encore cela lui valut-il, de la part de Démosthène, qui se vante de s'être fait orateur, tandis que son adversaire se faisait scribe (*De coron.*, 265; cf. *De fals. leg.*, 314), l'apostrophe de misérable scribe, ὄλεθρος γραμματεύς (*De Corona*, 127). Mais qu'on veuille bien le remarquer : si les fonctions de greffier étaient considérées comme inférieures, du moins n'étaient-elles nullement regardées comme déshonorantes. La preuve la plus éclatante s'en trouve dans ce fait que ce fut un scribe intelligent et instruit, Nicomaque, fils d'un esclave public (Lysias, XXX, 2), qui fut chargé du célèbre travail de codification des lois athéniennes. Nous verrons la même observation se reproduire en ce qui concerne le monde romain. (Voy. *infra*, note 44.) Toutefois, confiée qu'était souvent cette charge à des esclaves publics, elle fournissait aux gens d'une conscience douteuse l'occasion de profits illicites. (Voy. M. R. Dareste, *Les plaidoyers politiques de Démosthène*, t. 2, p. 300, note 45.)

(17) Sous la première royauté, nous ne connaissons qu'un texte de Tite-Live, qui qualifie de *scriba*, scribe ou greffier, le ministre de Porsenna, quand il nous raconte que, placé auprès de son maître, et presque aussi richement vêtu que lui, il reçut de C. Mucius Scævola le coup destiné au roi défenseur des Tarquins. (Tit. Liv., II, 12. Cf. Denys d'Halic., *Antiq. rom.*, V, 28.) Mais en cela, comme le dit fort judicieusement M. Egger (*loc. cit.*, p. 227), il « s'est peut-être involontairement souvenu des Grecs. » Et il ajoute avec raison : « Ce qu'on peut affirmer, c'est que l'histoire de la république, dont il nous reste des récits plus longs et plus sûrs que de la première royauté, ne nous offre aucun office qui rappelle celui de l'épistolographe macédonien. » — Comp. le texte de Cornelius Nepos cité au début de la note précédente.

en tête les questeurs, qui en étaient assistés pour l'administration des finances; et, de toutes les corporations d'*apparitores* des magistrats, tels que *lictores*, *accensi*, *nomenclatores*, *viatores*, *præcones*, *victimarii*, *tibicines*, *haruspices*, *medici*, *interpretes*, *architecti*, etc. (18), celle qui jouissait de la plus grande considération était précisément la corporation des *scribæ questorii* (19), appelés techniquement *scribæ librarii* (20) ou simplement *scribæ* (21),

(18) Consulter principalement sur l'*apparitio* des magistrats romains : MM. Mommsen, *De Apparitoribus Mag. Roman.*, 1847, et dans le *Rhein. Museum*, 1848, pp. 1-57; le même, dans les *Annali dell' Inst. archeolog.*, 1849, pp. 209-220; Becker-Marquardt, *Handb. der röm. Alterth.*, II, 2, p. 370, et II, 3, pp. 272-275, Leipz., 1849; Walter, *Gesch. des röm. Rechts*, 3e éd., § 143, pp. 211 et suiv; Lange, *Röm. Alterth.*, 1re éd., Berlin, 1856, t. 1, chap. v, § 90, pp. 659 et suiv.; 2e éd., Berlin, 1863, pp. 768 et suiv.; Mommsen, *Handb.*, 2e éd., t. 1, pp. 318 et suiv.; Maynz, *op. cit.*, 4e éd., t. 3, *Tab. alphab.*, ve APPARITORES; Willems, *op. cit.*, 4e éd., pp. 302 et suiv.; Naudet, *Mémoire sur la cohorte prétorienne* (*Académie des Insc. et Bell.-Lett.*, 1870), t. 26, pp. 500 et suiv.; Labbé, *De l'apparitio des magistrats Romains*, dans la *Revue de législ. anc. et mod.*, 1875, pp. 47 et suiv. (voir aussi pp. 442 et suiv., 571 et suiv., 694 et suiv.); G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, ve APPARITORES; Faure, *op. cit.*, pp. 80 et suiv.

(19) Les scribes étaient organisés en corporations ou compagnies formant des *decuriæ* (Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 79, 184; Suet., *Claud.*, 1; cf. l'expression *Res communis*, employée par Horace, *Sermon.*, II, 6, 36); ces *decuriæ* constituaient des personnes morales. (L. 22, fr. Florentin., *De fidej.*, D., XLVI, 1. Ce texte n'implique, du reste, nullement que toute société ou toute décurie ait été investie, à Rome, de la personnalité civile; et il s'explique suffisamment, du moment où certaines sociétés, celle des publicains par exemple, et où certaines décuries, comme celles des scribes, formaient des personnes morales. Mais il en est d'autres qui n'en constituaient pas, comme les cinq *decuriæ* des *judices selecti* dont nous avons parlé, chap. I, § 2, note 17 *in fine*, pp. 283 *in fine* et suiv.) Chacune des corporations dont il vient d'être question paraît avoir été sous la direction, *ordo* — (Cic., *In Verr.*, *ubi supra*, 78, 182; 79, 183; *Pro Muren.*, 20; *C. I. L.*, VI, 1810; Const. 1, *De lucr. officior.*, C. Th., VIII, 9; cf. Const. 1, *De decur. urb. Rom.*, *eod.*, XIV, 1), — de six ou de dix personnes, *sex primi*, *decem viri*. (Voy. *infra*, notes 25 et 33.) — Les *scribæ* formaient également à Ostie des *decuriæ*, et non des *corpora* ou des *collegia*. (Orelli, n° 4109, et note sur cette inscription.)

(20) Voir, à titre d'exemples : *Lex Julia municip.*, *Tab. Heracl.*, *æs Neap.*, cap. IV *in fine* (M. Giraud, *Nov. Enchirid.*, p. 620 *in fine*); Cic., *De leg. agrar.*, II, 13, 32, et le SC. de l'an 743, cité par Frontin, *De aq.*, 100.

(21) Voy. les fragments de la vieille *Lex Cornelia de XX quæstoribus*, écrite sur une table de bronze trouvée à Rome au seizième siècle, et appelée vulgairement *Lex de scribis viatoribus et præconibus quæstorum*. Elle est d'un âge incertain. Elle paraît remonter au consulat de L. Cornelius Sulla, par conséquent à l'an 674 de Rome ou 80 av. J.-C. Cela nous semble résulter de l'intitulé du fragment de notre loi, si on le combine avec un passage des *Annales* de Tacite, XI, 22. — Voy. sur cette loi : MM. Haubold, *Monum. leg.*, pp. 85-89; Mommsen, *Ad leg. de scribis*, 1843; *De Apparit. Mag. Rom.*, dans le *Rhein. Museum*, 1848, pp. 1-57; *C. I. L.*, t. 1, pp. 108 et suiv.;

qu'il faut se garder de confondre avec les scribes privés des particuliers (22).

Ces *scribæ quæstorii*, dont le nombre paraît avoir été de 27 avant Sulla, et de 36 après lui, et auxquels fut étendue par une loi spéciale, la *lex Clodia*, la défense de faire le commerce dans les limites de la province administrée par le gouverneur qu'ils accompagnaient (23), étaient organisés en bureaux ; ils formaient trois décuries (24), et avaient à leur tête les *sex primi* (25). Ils remplissaient principalement des fonctions dans l'administration de l'*ærarium* (26), et tenaient les livres de la comptabilité publi-

---

Göttling, *Lex de scrib.*, 1844; Bruns, *Fontes*, p. 68; Rudorff, *Röm. Rechtsgesch.*, I, § 81, p. 213; Lange, *Röm. Alterth.*, 760-775; Becker, *Handb.*, II, 2, pp. 355 et suiv.; Egger, *Lat. serm. vetust. reliq. select.*, Paris, 1843, pp. 284 et suiv.; Girard, *Jur. Rom. antiq. vestig.*, pp. 144 et suiv., et *Nov. Enchirid.*, pp. 611 et suiv.; Terrasson, *Appendice*, nos 5 et 6.

(22) Que les *scribæ* aient bien été des *apparitores*, c'est ce dont il sera facile de se convaincre en se reportant aux passages ci-après : Piso, dans Aulu-Gelle, VI [VII], 9, 2; Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 78, 182; c. 80, 184; *Pro Cluent.*, LIII, 147; Tit. Liv., IX, 46, 2. Toutefois, dans un sens plus étroit, *apparitor* s'emploie de préférence au sujet de la classe la plus humble des appariteurs des magistrats, c'est-à-dire des *viatores* et surtout des *præcones;* de là vient qu'on trouve parfois *apparitor* opposé à *scriba.* (Cic., *In Verr.*, *ubi supra*, 66, 155; Plutarch., *Cat. min.*, 16.) — Faisons aussi cette remarque, qui n'est pas sans intérêt, que dans les inscriptions de Rome et dans les jurisconsultes, *decurialis* est synonyme d'*apparitor*. (*Ex. gr. : C. I. L.*, VI, 771; Orelli, n° 4114; *Fr. Vatic.*, § 142, fr. Ulp., et § 235, fr. Ulp.)

(23) Cette prohibition ne semble pas avoir eu grand effet; car Domitien leur pardonna les infractions à la loi *Clodia*, dont ils s'étaient rendus coutumiers. (Suet., *Domit.*, 9.) Mommsen (*Hand.*, t. 1, p. 322) fixe la date de cette loi à l'an 696 de Rome. (Comp. *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 141, p. 220, note 64.) — Quant à la défense faite aux gouverneurs de provinces de faire des acquisitions dans l'étendue de leur circonscription, chacun sait qu'elle fut portée longtemps auparavant. (Cic., *In Verr.*, act. II, lib. IV, 5.)

(24) La mention des *scribæ librarii quæstorii trium decuriarum* est fréquente. Si l'on rencontre dans une inscription reproduite au *C. I. L.*, VI, 1833 *b*, *decuriorum* au lieu de *decuriarum*, cela tient vraisemblablement à une erreur du lapicide.

(25) Ils sont mentionnés par Cicéron (*De deor. nat.*, III, 30, 74), ainsi que par Ulpien dans les *Fragmenta Vaticana* (§ 124, dans lequel il leur est accordé une certaine immunité en matière de tutelle). On les retrouve de même dans les inscriptions. (*Ex. gr.* : Orelli-Henzen, nos 3242, 3756, 6023 *a*, 6564, 6565, 7149.) Il est fait mention d'un *scr. q. princeps (scriba quæstorius princeps)* dans une inscription insérée au *C. I. L.*, VI, 1805; cf. Plutarch., *Cato min.*, 16, et Const. 1, *De decur. urb. Rom.*, C. Th., XIV, 1.

(26) Deux inscriptions, connues depuis peu, appellent ces *scribæ*, *ab ærario*. La première date de la meilleure époque (*C. I. L.*, VI, 1816); l'autre, fort remarquable, a été découverte sur la *Via Appia*, et se trouve maintenant au musée Despuig, dans l'île de Majorque. (*C. I. L.*, VI, 1819.) Comp. note 46, *infra*.

que (27), de telle sorte qu'ils se trouvaient placés sous la direction des deux questeurs urbains en leur qualité de préposés au trésor de la Cité (28). Ajoutons que c'étaient aussi ces scribes qui com-

---

(27) Festus, *loc. cit.* note 3 *in init.*, *supra*; Cic., *De domo*, XXVIII, 74; *In Verr.*, act. II, lib. III, 79, 183; *In Pison.*, XXV, 61; cf. *In L. Catilin.*, IV, 7, 15 *in fine*. — Par exception à la règle générale, d'après laquelle les *apparitores* formant corporation, et en particulier les *scribæ quæstorii ab ærario*, étaient des employés subalternes urbains et restaient étrangers à l'administration provinciale, chaque gouverneur de province était également accompagné d'un questeur qui lui était affecté en propre et de teneurs de livres de l'*ærarium*, destinés à faire les comptes des sommes à lui fournies par le trésor. C'est ce qu'établissent formellement Cicéron (*In Verr.*, act. II, lib. III, 78), Pline l'ancien (*Hist. nat.*, XXVI, 1, 3), et Pline le Jeune (*Epist.*, IV, 12); cf. Pétrone (*Satyric.*, 85). — Ces teneurs de livres étaient, pour chaque gouverneur de province, au nombre de deux, ainsi que cela ressort de Tite-Live (XXXVIII, 55, 5), et de Cicéron (*In Verr.*, *ubi supra*, 78 *in fine*); il y en avait donc quatre en Sicile, et deux partout ailleurs. Il résulte de ce qui précède que les comptes qui devaient être envoyés à l'*ærarium* étaient toujours dressés par les propres employés du gouverneur de province. Les minutes de ces comptes généraux d'un exercice touchant les finances provinciales, minutes appelées du nom technique de *pericula magistratuum* — (Cic., *In Verr.*, *ubi supra*, c. 79, 183, passage cité *infra*, note 44; C. Th., IV, 17, Rubr.; Ernesti, *op. cit.*, v° PERICULUM; *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 16, p. 287, note 69), — étaient examinées après le retour du gouverneur; puis, le compte une fois vérifié était transcrit sur le grand Livre. (Cic., *In Pison.*, XXV, 61.) Les *tabulæ quæstoriæ*, à la transcription desquelles nous voyons occupés des *publici*, dans un passage des tables des frères Arvales, cité par Mommsen (*Handb.*, t. 1, p. 311, note 2), désignent probablement ces comptes généraux de la province. Il en ressort également que le travail matériel de la copie ne regardait pas les *scribæ*. — Notons enfin qu'à côté des *scribæ quæstorii* dans la province, qui sont quelquefois désignés simplement comme *scribæ* du gouverneur (Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 78), se trouvent ses scribes privés, qu'il choisissait sans doute ordinairement parmi ses affranchis, et qu'il chargeait de la tenue du livre de comptes relatifs aux sommes dont il disposait et qui ne lui venaient pas de l'*ærarium*. (Voy. *supra*, note 3.) Il est évident que c'est aux premiers seuls qu'est relatif un passage de la *lex col. Jul. Genet.* qui, dans son cap. LXXXI, prescrit aux *scribæ* des magistrats municipaux de prêter, à leur entrée en fonctions, un serment professionnel de bien et fidèlement remplir leur charge de comptables et de teneurs de livres. (Voy. M. Giraud, dans le *Journal des Savants*, 1877, pp. 141-142.)

(28) Voy. chap. I, § 2, notes 16 et 17, pp. 280 et suiv. — Il y eut longtemps encore des *scribæ quæstorii*, après que l'administration de l'*ærarium* eut été enlevée aux questeurs. (Henzen, n° 5446. Comp. Becker-Marquardt, *Röm. Alterth.*, II, 2, p. 357, et Mommsen, *De Apparitor.*, pp. 29-39.) — C'est ici le lieu de noter que le *crimen repetundarum*, qui, d'après les lois de la République, ne pouvait être intenté que contre les fonctionnaires, puisque ce fut en vain qu'en l'année 699 encore, on réclama au Sénat « *ut tribuni, ut præfecti, ut scribæ, ut comites omnes magistratuum, lege hac tenerentur* » (Cic., *Pro C. Rabir. Post.*, VI, 13), fut étendu à toute leur suite, du moins à celle qu'ils avaient emmenée d'Italie. La *lex Julia repetundarum* n'avait pas, en effet, seulement trait aux fonctionnaires proprement dits (*in magistratu, potestate, curatione, legatione*), mais aussi à leurs subalternes (*vel quo alio officio, munere,*

muniquaient les actes déposés dans les archives publiques, aux personnes qui avaient le droit d'en prendre connaissance pour en faire tirer des copies destinées à faire foi (29).

Les *scribæ librarii* des Ediles curules (30) avaient une position

---

ministeriove publico. — LL. 1 pr., fr. Marcian., et 5, fr. Macer, *De leg. Jul. repet.*, D., XLVIII, 11). Le seul point discuté était celui de savoir si les provinciaux pouvaient être poursuivis comme *socii ministrique* du fonctionnaire. (Plin., *Epist.*, III, 9; VI, 29, 8.) — Nous ajouterons que, dans le cas où les *scribæ* se rendaient coupables de quelque faute professionnelle, et donnaient ainsi lieu à des plaintes, on instruisait une sorte de procès devant l'autorité qui les avait nommés. (Voy. *infra*, note 37 *in fine*.) C'est ainsi que Cicéron (*Pro Cluent.*, XLV, 126) rapporte qu'il a défendu, en semblable occurrence, un *scriba ædilicius* devant les préteurs et les édiles curules, et que Plutarque (*Cat. min.*, 16) raconte en détail un autre procès analogue, intenté devant les questeurs contre un scribe accusé de négligence (ῥᾳδιουργία). Par leurs formes, ces procès disciplinaires ressemblaient absolument à ceux qui se déroulaient devant les *quæstiones*, et le dernier passage cité montre même que tous les questeurs votaient sur le cas de l'*apparitor quæstorius*, que la majorité décidait, et qu'éventuellement le partage des verdicts emportait l'acquittement. Il convient, du reste, d'observer que ces tribunaux, oserons-nous hasarder que ces chambres de discipline ne se restreignaient pas à la vie officielle du fonctionnaire. Ce qui le prouve, c'est que, d'après Plutarque (*loc. sup. cit.*), Caton destitua un scribe, pour s'être montré peu probe dans une question d'hérédité.

(29) Cic., *De leg.*, III, 20, 46 (voy. sur ce texte note 3, *supra*, *in fine*); Plutarch., *Cato min.*, 16. D'après un décret relatif à la Sardaigne, le volume des actes dans lequel le proconsul de cette province avait inscrit ses décrets, est communiqué par son *scriba quæstorius* à la partie qui demandait à en prendre copie : *Ex codice ansato L. Helvi Agrippæ procons., quem protulit Cn. Egnatius Fuscus scriba quæstorius.* (Voy., sur l'interprétation de ce décret, Mommsen, *Hermes*, 2, 103; cet auteur a reconnu depuis les erreurs qu'il a commises dans le travail auquel nous renvoyons, faute par lui d'avoir compris l'exception par nous signalée note 27, *supra;* voy. *Handb.*, t. I, p. 332, note 6 *in fine.*) — Du passage précité, on peut conclure, par analogie, que la communication des actes émanés des autorités urbaines, et consignés dans les archives de la ville, se faisait également par l'entremise des *scribæ quæstorii.* Mais voici un point plus douteux : les *scribæ* étant spécialement occupés dans l'administration de l'*ærarium*, et l'*ærarium* ne désignant pas seulement le trésor public, mais encore les archives, doit-on en tirer cette conséquence qu'ils s'occupaient aussi des affaires s'y rapportant? Cela est très-probable, et ils devaient, notamment, veiller à l'insertion des sénatus-consultes dans les registres publics. Sans doute, nous n'avons rencontré aucun document formel en ce sens, qui nous montre les scribes remplissant ce rôle : mais c'est, sans contredit, à cet ordre d'idées qu'il faut rattacher tout ce qui nous est rapporté sur la surveillance que les *quæstores ærarii* exerçaient sur les archives. On peut, à cet égard, comparer un long décret relatif à Pise, et datant de l'an 4 de notre ère; nous en extrayons, *in fine*, ce lambeau de phrase : *uti... II viri ea omnia quæ suprascripta sunt ex decret. nostro coram pro quæstoribus primo quoque tempore per scribam publicum in tabulas publicas referenda curent.* (Orelli, n° 643.)

(30) Tite-Live (XXX, 39, 7) et Cicéron (*Pro Cluent.*, XLV, 126) en font mention, ainsi que de très-nombreuses inscriptions ; de même, dans la *lex coloniæ Juliæ Ge-*

très-analogue à celle des *scribæ quæstorii* et ne leur étaient pas de beaucoup inférieurs en rang (31). Cependant deux différences séparaient les uns des autres : c'est d'abord que les *scribæ ædilicii* ne formaient qu'une décurie (32), et c'est, en second lieu, qu'ils étaient sous la direction de décemvirs (33).

Nous manquons absolument de preuve qui nous permette d'affirmer avec certitude que le Sénat employait des scribes pour la rédaction de ses procès-verbaux et pour l'expédition des affaires (34). Mais on peut avancer sans crainte que les magistrats

---

netivæ, on voit figurer le *scriba* des Ediles à côté des deux *scribæ* des duumvirs. — Comp. Fabretti, p. 456, et Orelli, n° 2252.

(31) C'est ce que prouve l'échelle des appointements de la *lex col. Jul. Genet.* (Voy. Mommsen, *Handb.*, t. 1, p. 321, note 1.) Les inscriptions relatives aux appariteurs romains sont en complète harmonie avec cette assertion.

(32) Il n'est jamais question de plusieurs décuries. (Voy. Gruter, 326, 9, et M. L. Rénier, *Inscr. rom. de l'Algérie*, n° 3513.) Les décuries d'appariteurs, et spécialement de scribes, attachées aux Ediles curules, sont désignées dans les inscriptions par la dénomination de *decuriæ majores*, tandis que celles qui sont attachées aux questeurs sont mentionnées sous le titre de *minores*. Deux inscriptions nous parlent, en effet, de *scribæ decuriæ ædiliciæ majoris*, qui se rapportent, sans doute, aux scribes des Ediles curules (Fabrett., 458, 78 = *C. I. L.*, VI, 1843; Guasco, *Mus. Cap.*, 701 = *C. I. L., eod.*, 1848), tandis que la très-curieuse inscription de la voie Appienne (voy. *supra*, note 26, et *infra*, note 46) qualifie de *minores* les trois *decuriæ* de *scribæ librarii quæstorii*. Cette distinction entre les décuries doit tenir au rang respectif des magistrats, d'autant plus que, nous le savons, de tous les appariteurs, les *scribæ quæstorii* sont ceux qui jouissaient de la plus grande considération.

(33) Gruter, 326, 4 = *C. I. L.*, VI, 1840 : *scrib. ædil. et Xvir.* De même que les Ediles curules s'étaient partagé avec les questeurs l'administration de l'*ærarium*, leurs scribes y ont aussi pris leur part. (Voy. Tit. Liv., *loc. cit.* note 30, *supra*.) Il est probable qu'ils assistaient en outre ces Ediles dans leur juridiction.

(34) Nous n'ignorons pas que Denys d'Halicarnasse (XI, 21) parle d'un décemvir qui se lève dans le Sénat τὸν γραμματέα κελεύσας ἀναγνῶναι τὸ προβούλευμα, et que Julius Capitolinus (*Gordian. tres*, 11, éd. Panck.), expliquant ce qu'est un *senatusconsultum tacitum*, nous apprend qu'anciennement on renvoyait les scribes de la séance lorsqu'il s'agissait de traiter quelque affaire exigeant le secret, coutume qui, d'ailleurs, tomba en désuétude, si bien qu'il n'y avait plus d'exemple de ces sénatus-consultes sous Constantin, au dire du même biographe. Mais tout cela est-il bien concluant contre la manière de voir exprimée au texte ? Non assurément ; car nous ne possédons aucun document qui établisse que les discussions du Sénat aient été transcrites autrement que d'une façon exceptionnelle et que par des sénateurs qui se livraient volontairement à ce travail. (Voy. *supra*, note 3. Comp. Le Clerc, *Des journaux chez les Romains*, p. 209, Paris, 1838.) — Au reste, les *scribæ*, auxquels nous venons de faire allusion, ne doivent pas être confondus avec les *ab actis senatus*. (Orelli, n° 2274, et *ad h.* Henzen, t. 3, p. 192, § 11, et n° 3186, etc. — Voy. MM. Hübner, *De senatus populique*

patriciens supérieurs (*majores*) ont dû posséder des *scribæ* de même nature que les *quæstores ærarii*. Car, s'il est vrai qu'il n'est nulle part question d'une façon authentique des scribes des Consuls, quoique l'occasion de s'en servir dût souvent se présenter pour écrire les décisions du Sénat et d'autres actes, du moins en est-il régulièrement question auprès des Préteurs et des Tribunaux (35), où ils devaient avoir pour mission d'enregistrer les décisions judiciaires; dans tous les cas, on les voit lire dans les procès qui se déroulaient devant les *quæstiones*, les documents et pièces qui devaient être portés à la connaissance des jurés (36). C'étaient principalement les Censeurs qui avaient à diriger une foule d'affaires par l'entremise de *scribæ*, et tel a été le motif pour lequel on les regardait comme l'autorité préposée à toute la corporation des scribes publics (37). La plus grande partie de ce personnel se

---

romani actis, Lips., 1860; G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, v^is ACTIS SENATUS (AB.) et ACTUARII, I. Comp. Rennssen, *Disputatio de diurnis aliisque Roman. act.*, c. 7, Groningue, 1857.) Ils doivent également être soigneusement distingués des commissaires spéciaux et de tous les sénateurs qui assistaient à la rédaction des sénatus-consultes (*scribundo aderant*) et dont la présence garantissait l'authenticité. (On en trouvera des exemples dans les *Lat. serm. reliq.*, de M. Egger. pp. 127, 289 et suiv., etc.)

(35) Cic., *Pro Cluent.*, LIII, 147. Il en est souvent question dans les Verrines.

(36) Dionys., V, 8. 9 ; Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 10, 26.

(37) Tit. Liv., IV, 8, 4. Cf. Valer. Maxim., IV, 1, 10. — On ne trouve de corporations spéciales de *scribæ*, ni pour les censeurs, ni pour les magistrats supérieurs possédant l'*imperium*. Il est bien fait mention dans les *Schol. Juven.*, 5, 3, d'un *scriptus censorius* — (encore le manuscrit porte-t-il, à ce qu'il paraît, *conscriptum* et non *scriptum*; sur le sens du mot *scriptus*, voy. note 54, *infra*); — mais Mommsen (*Handb.*, t. I, p. 335, note 2) estime qu'on a proposé avec raison de remplacer *censorium* par *quæstorium*, parce qu'auparavant il était question de l'achat de la *decuria quæstoria*. (Voy. *infra*, note 54.) Le même auteur pense que les fonctionnaires supérieurs dont nous venons de parler, ou bien ne devaient pas avoir de scribes attitrés et employaient à leur place leurs serviteurs privés, ou bien les remplaçaient par les *scribæ quæstorii*, suivant les besoins du service. Il appuie sa conjecture sur cette première considération, qu'à l'origine les *scribæ quæstorii* ont dû nécessairement être comptés parmi les *apparitores* des consuls aussi longtemps que les fonctions de la magistrature suprême ne furent pas séparées, et que les questeurs n'étaient point encore des magistrats, mais seulement des auxiliaires des consuls ; il se fonde en outre sur cet autre fait, que, dans les municipes, en tant que les fonctions de scribes y étaient remplies par des *apparitores* salariés, les *scribæ* ont toujourt été regardés comme les *apparitores* du fonctionnaire suprême. — (Il fait, à ce sujet, remarquer avec raison, l° qu'en général les fonctions de scribes dans les *civitates* sont plutôt rangées au nombre des *munera per-*

composait probablement d'esclaves publics; mais il devait s'y rencontrer aussi des *officiales* entourés de considération (38). — De semblables scribes furent adjoints aux *Curatores frumenti* et aux *Curatores aquarum* d'Auguste (39).

En ce qui concerne les trois magistratures plébéiennes, les documents nous prouvent qu'elles possédaient des corporations de scribes. Mais les mentions qui en sont faites sont fort rares (40),

---

sonalia; L. 18 § 17, *De muner. et honor.*, D., L, 4; que les *scribæ* et les *commentariens*es des cités, que nous font connaître les inscriptions, ne sont pas à proprement parler des gens à gage, mais des citoyens requis pour ce service, lors bien qu'on leur accorde une rémunération, de même qu'on donne le *viaticum* aux *legati* — Cf. Fronto, *Ad amic.*, II, 7, — et que c'est pour cela qu'on ne les rattache jamais à une magistrature spéciale, et qu'on ne les nomme jamais *librarii* — voy. *supra*, note 3; — 2° Que la *lex coloniæ Juliæ Genetivæ* donne aux duumvirs deux scribes, et un *scriba* aux Ediles, qui sont compris dans la classe des *apparitores* payés, et qu'il a dû en être ainsi à Ostie. — Voy. *supra*, note 3.) — Mommsen conclut des données précédentes que si les *scribæ* des questeurs se qualifiaient à Rome comme *quæstorii* et comme *ab ærario* (voy. *supra*, note 26), cette dénomination ne servait qu'à désigner leurs supérieurs immédiats, et qu'à mettre en relief la partie la plus ancienne et la plus importante de leurs attributions, mais qu'on peut les considérer en même temps comme scribes des magistrats supérieurs, et en particulier des censeurs. Ajoutons, du reste, que le choix des *scribæ quæstorii* se faisait généralement par les questeurs, mais que les consuls et les préteurs exerçaient sur ce point une certaine influence. (Cic., *loc. inf. cit.*) Cela était conforme à la règle d'après laquelle la nomination des *officiales* était en principe attribuée au collège de fonctionnaires qu'ils étaient spécialement destinés à servir (Tit. Liv., XL, 29, 10; *Lex Cornelia de XX quæstor.*, 2, 7), bien que les fonctionnaires supérieurs exerçassent toujours un certain contrôle sur la nomination des *officiales* des magistrats inférieurs (Cic., *Pro Cluent.*, XLV, 126; cf. *Lex Cornelia de XX quæstor.*), et qu'à l'origine peut-être ils les nommassent directement, ainsi que cela avait lieu pour les magistrats inférieurs eux-mêmes. — Mentionnons enfin que c'était par la voie du sort qu'étaient répartis entre les différents questeurs, et attribués à chacun d'eux, ceux des *scribæ* que ces fonctionnaires trouvaient déjà nommés par leurs prédécesseurs. (*Schol. Bobb.*, *in orat. in Clod. et Cur.*, p. 332, II, 6, Orelli; Plin., *Epist.*, IV, 12.)

(38) C'est ce que laisse à entendre un passage de Varron. (*De ling. lat.*, VI, 87.)

(39) Frontin., *De aq.*, 100. — Les *decemviri* de Rullus durent aussi recevoir des *scribæ librarii*. (Cic., *De leg. agrar.*, II, 13, 32.) D'ailleurs il était absolument impossible à bien d'autres fonctionnaires qu'à ceux par nous mentionnés, de se passer de ces employés subalternes.

(40) Voy., pour les tribuns : Tit. Liv., XXXVIII, 51, 12; Orelli-Henzen, n°s 2176, 3241, 6560; *C. I. L.*, VI, 1810; pour les Ediles plébéiens : *C. I. L.*, VI, 1822, inscription reproduite d'une manière incomplète par Henzen, n° 6565; Murat., 2044, 4; Orelli, n° 2176; enfin, en ce qui concerne les *ædiles plebis Ceriales*, voy., au *C. I. L.*, VI, 1822, l'inscription précitée qui, jointe à une autre inscription publiée par Henzen, n° 6561, constituent les seuls documents jusqu'ici connus qui nous fournissent l'exemple de *scribæ ædilium plebis Cerialium*. Comme on pourra le remarquer par

et elles ne paraissent pas avoir eu une importance particulière. Nous n'avons que de très-maigres renseignements touchant les fonctions de ces scribes (41).

Enfin, au nombre des *apparitores* sacerdotaux, on ne rencontre de *scribæ* qu'auprès des *Pontifices;* ils y jouissaient, à ce qu'il semble, d'une estime assez considérable, puisqu'on les appelait *minores Pontifices* (42).

Nous terminerons cet ensemble de notions générales sur les *scribæ* par deux observations :

1° Nous remarquerons, en premier lieu, que tous les scribes de

---

plusieurs des documents épigraphiques auxquels nous renvoyons, il n'était pas rare de voir le même personnage fonctionner comme scribe auprès de plusieurs magistrats d'ordres différents ; et nous pensons qu'il devait y avoir simultanéité dans ces diverses fonctions, ou, en d'autres termes, que le cumul fut pratiqué sur une vaste échelle. Car rien n'est plus ordinaire que de rencontrer dans les inscriptions la mention de nombreuses professions d'appariteurs, et de scribes en particulier, attribuées à la même personne; et, bien que les documents épigraphiques ne soient point affirmatifs sur le point de savoir si ces charges étaient cumulées ou remplies successivement, il est fort probable que le premier cas a été la règle. Tel est également le sentiment de Mommsen (*Handb.*, t. 1, p. 321, note 4). De telle sorte que ces emplois subalternes se chargeaient de fait en une jouissance à vie de certaines rentes publiques, sinon considérables (Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 78, 182; voy. *infra*, note 49), du moins très-agréables, parce qu'elles n'entraînaient pas de grandes obligations. Mommsen (*loc. cit.*, p. 321) remarque, en effet, que ces postes étaient, dans les derniers temps de la République et sous l'Empire, devenus en grande partie des sinécures. Cicéron le laissait déjà assez clairement entendre, lorsqu'il constatait que, dans l'ordre des scribes, réservé à l'activité et au mérite, il se rencontrait bon nombre d'incapables : « ... *quem in eo ordine videamus esse multos non idoneos, qui ordo industriæ propositus est et dignitati...* » (*In Verr.*, act. II, lib. III, 79, 184; cf. Frontin., *De aq.*, 101, pour les appariteurs des *curatores aquarum.*) De son côté, Horace ne paraît pas avoir eu de motif de se plaindre d'être accablé de travail dans l'exercice de sa charge, bien qu'en quelques-uns de ses vers il nous fasse la confidence que cette fonction venait parfois mêler quelques soucis aux loisirs de la prospérité qu'elle lui avait conquise. (*Sermon.*, II, 6, 32 et suiv. — Voy. à ce sujet le discours de rentrée « *Les Poètes du Palais* », prononcé le 4 novembre 1878 à la Cour de Poitiers, par M. l'avocat général Sergent, dans la *Gaz. des Trib.* du 15 novembre, p. 1109, col. 3 *in fine*, II *in init.*)

(41) Ce laconisme des documents ne doit point surprendre. Nous savons, en effet, que les *scribæ* étaient surtout employés dans l'administration du trésor et des archives, et qu'ils remplissaient certaines attributions auprès des tribunaux. Or, abstraction faite, peut-être, de la quasi-juridiction des tribuns, les fonctionnaires plébéiens ne participaient point par essence à ces différents services. Telle est, du moins, l'explication fournie par Mommsen (*loc. cit.*, pp. 336 *in fine* et suiv.), dont nous croyons pouvoir adopter le sentiment.

(42) Tit. Liv., XXII, 57. — Le *scriba collegii Arvalium* (Marini, *Arv. tab. LXIV*;

nous connus avaient entre eux ce trait de ressemblance commun, qu'ils avaient le pas sur les autres *apparitores* des magistrats. Telle est la conclusion générale qu'il est permis de tirer d'un assez grand nombre de documents (43), et aussi de ce fait que Cicéron, pour les distinguer, appelle, dans ses Verrines, leur ordre, un *ordo honestus* (44). Que si l'on recherche maintenant la cause de cette prédominance, on verra qu'elle s'explique aisément par cette double raison que, d'une part, ils avaient une habileté plus grande et une connaissance plus approfondie des affaires, au service d'une intelligence plus développée, et que, d'un autre côté, on se trouvait dans la nécessité de leur confier des affaires importantes (45). De là, l'influence considérable qu'ils étaient, dès les premiers siècles, parvenus à acquérir, et que, fatalement, ils devaient, les *scribæ quæstorii* et *ædilicii* surtout, exercer sur les affaires de la cité romaine. Aussi les documents nous représentent-ils ces derniers scribes comme des hommes versés dans le droit, à raison même de leurs fonctions (46), et nous montrent-ils

---

Atti, 1, p. CLXXIX ; Orelli, n° 2436) est une fausse mention. (Henzen, t. 3, p. 215, § 23, *ad* n° 2436 ; Mommsen, *loc. cit.*, p. 339, note 4.)

(43) Cic., *In Verr.*, act. II, lib. II, 10, 27; lib. III, 66, 154 ; cf. c. 68, 157 ; *De leg. agrar.*, II, 13, 32; Inscr. d'Ostie (Orelli, n° 4109); *lex col. Jul. Genet.* (Mommsen, *Handb.*, t. 1, p. 321, note 1.) Cf. toutefois le SC. de 743, dans Frontin, *De aq.*, 100.

(44) *In Verr.*, act. II, lib. III, 79, 183. « *Ordo est honestus..... Est vero honestus, quod eorum hominum fidei tabulæ publicæ periculaque magistratuum committuntur.* » Cf. *eod.*, 78. Sur la locution *pericula magistratuum*, voy. *supra*, note 27.

(45) L'exemple de Cn. Flavius, petit-fils d'affranchi et secrétaire du censeur Appius Claudius Cæcus, suffit à légitimer cette double proposition. C'est, on le sait, à une heureuse indiscrétion de ce *scriba* que fut due, vers le milieu du cinquième siècle de Rome, la divulgation des *legis actiones* et du calendrier judiciaire, tenus jusque-là secrets. (Cic., *Pro Muren.*, XI, 25.) La reconnaissance populaire récompensa Cn. Flavius en en faisant tour à tour un *tribunus plebis*, un sénateur et un édile curule. (L. 2 § 7, fr. Pompon., *De orig. jur.*, D., I, 2; Cic., *Ad Att.*, VI, 1, 8; Tit. Liv., IX, 46; Aul. Gell., *loc. inf. cit.*; Plin., *Hist. nat.*, XXXIII, 6.) Mais la noblesse lui sut fort mauvais gré et lui tint rigueur de son action, qui la dépouillait de l'important privilège de connaître seule les mystères de la procédure et de les révéler au plébéien qui voulait plaider. (Voy. *Biblioth. lat.-fr.* de Panck., t. 19, p. 393, note 42.) Aulu-Gelle (*Noct. att.*, VI, 9, éd. Panck.) rapporte une anecdote, qu'il emprunte au troisième livre des *Annales* de L. Calpurnius Piso Frugi (voy. M. Egger, *Lat. serm. reliq.*, p. 267) et que Tite-Live (*loc. sup. cit.*) raconte d'une façon un peu différente, et qui témoigne de la rancune profonde que les nobles lui gardèrent.

(46) Dans des inscriptions funéraires, on voit un *scriba æd. cur.* porter le titre de

l'administration de l'*ærarium* dirigée, de fait, bien plutôt par ces employés subalternes stables que par des fonctionnaires jeunes et annuellement renouvelés (47). Quant au rang social, ces *scribæ* se comptaient en quelque façon au nombre des chevaliers (48). e

---

juris prudens (Marini, *Iscr. Alb.*, p. 143), et dans la très-notable inscription de la voie Appienne, citée note 26, *supra*, *L. Nævius L. l. Urbanus scr.libr. quæstorius tribus decuriis minoribus ab ærario*, se vante d'avoir vécu par des procès, sans toutefois en avoir eu lui-même : *Vixi judicio sine judice.* — (Cf. Suet., *Claud.*, 38 « ..... *Scribam quæstorium, itemque prætura functum senatorem, inauditos et innoxios relegavit : quod ille adversus privatum se intemperantius adfuisset* ... » Peut-être bien ce dernier membre de phrase a-t-il trait à l'aventure qui arriva à Claude avant de parvenir à l'Empire, et qui est relatée par le même auteur, *eod.*, *in fine*. Suétone nous apprend, en effet, que Claude ayant été obligé de dépenser une très-forte somme pour payer son entrée dans un nouveau sacerdoce, celui des *Augustales*, à ce qu'il semble, tomba dans une telle gêne que, ne pouvant se libérer envers le trésor des engagements qu'il avait contractés à son égard en lui empruntant de l'argent, ses biens furent mis en vente par les préposés de son créancier. Telle est la version proposée par Mommsen, *loc. cit.*, p. 337, note 1, et que nous adoptons volontiers, parce qu'elle établit une entière corrélation entre les deux passages précités du biographe.) — Les divers documents auxquels nous venons de renvoyer n'impliquent pas nécessairement, suivant l'observation exacte de Mommsen (*eod.*), que les *scribæ quæstorii* et *ædilicii* aient été également investis d'attributions judiciaires et aient rempli des fonctions auprès des tribunaux, par ce motif que leur emploi dans l'administration de l'*ærarium* suffirait déjà amplement à en donner raison; mais si ces scribes remplissaient aussi, dans les affaires civiles, l'office de greffiers des préteurs et des édiles, leur interprétation devient d'autant plus aisée.

(47) Plutarch., *Cato min.*, 16. — A cette idée se réfère directement l'esprit de la loi grecque, dont nous avons parlé plus haut, note 16. Que si, en effet, elle prescrivait que la même personne ne servît pas, deux ans de suite, de secrétaire à une même magistrature, cela tenait précisément à ce que le législateur voulait empêcher, non pas seulement qu'en se perpétuant en charge, le greffier réussît à couvrir les déprédations du magistrat sortant, avec qui il aurait pu prévariquer après avoir colludé au moyen de criminelles ententes, mais surtout que le scribe prît le pas sur le magistrat, inconvénient qui n'aurait pas manqué de se présenter, quand le sort ayant porté à une charge d'archonte un citoyen encore étranger aux affaires, celui-ci, novice et inexpérimenté, se serait trouvé en présence d'un secrétaire habitué depuis une année déjà à manier et à expédier tout ce qui dépendait de cette même magistrature. On voit, par l'exemple de Rome, que la législation grecque n'avait pas manqué de prévoyance. (Comp. M. Dezobry, *op. cit.*, t. 3, p. 280.)

(48) C'est ce que Cicéron a en vue, lorsqu'il blâme la vanité des *scribæ* qui, « *quum decuriam emerunt*,..... *in secundum ordinem civitatis se venisse dicunt* » (*In Verr.*, act. II, lib. III, 79, 184), ainsi que le fit, comme nous le verrons bientôt (note 54, *infra*), le scribe Sarmentus (*Schol. Juven.*, 5, 3), dont nous parle Horace. (*Sermon.*, I, 5, 56 et suiv., et notamment 66.) Voilà pourquoi, faisant une ironique allusion au débat alors pendant au sujet de la nomination des jurés dans le Sénat ou parmi les chevaliers, Cicéron appelle le scribe de Verrès « *Cassianum judicem*,..... *hominem severum ex vetere illa equestri disciplina* » (*eod.*, 60, 137; cf. c. 66, 154), et tel est aussi le

il en était bon nombre qui appartenaient individuellement à cet ordre (49). Ce n'est pas à dire cependant que quelques affranchis ne se rencontraient pas parmi eux (50) *.(*Voir note* 50, *page* 636).

---

motif pour lequel on le voit se vanter ailleurs (*De domo*, XXVIII, 73 et suiv.) d'avoir reçu des félicitations du Sénat, de l'ordre équestre, ou plutôt des compagnies des fermiers publics, des *scribæ*, enfin de tous les autres collèges urbains.

(49) Un grand nombre d'inscriptions relatives aux scribes, spécialement aux scribes des questeurs et des édiles curules, leur donnent le titre de chevaliers, ou plus fréquemment des titres d'officiers donnant droit au rang de chevaliers. Pline l'ancien mentionne également un chevalier romain de Pérouse qui était *quæstorius scriba* (*Hist. nat.*, XXVI, 1, 3) ; de même, le *scriba* Horace a servi en qualité de tribun militaire, ainsi qu'il nous l'apprend lui-même. (*Sermon.*, I, 6, vers 47 et 48 ; *junge* Suet., *Horat. poet. vita, in initio ;* voy. *infra*, note 54.) Dans les documents épigraphiques, l'indication des fonctions municipales supérieures se trouve aussi souvent unie à celle du *scriptus* romain (sur le sens du mot *scriptus*, voy. note 54, *infra*), ce qui indique qu'elles appartenaient à des *scribæ*. De son côté, Horace nous parle d'un ancien scribe, Aufidius Luscus, comme préteur de Fundi (*Serm.*, I, 5, 34 et suiv.), en se moquant de la haute fortune à laquelle il était parvenu par les fonctions de scribe, oubliant sans doute, en ce moment, qu'après sa malheureuse campagne de Philippes, lui-même ne dédaigna pas ce moyen de refaire son crédit, et que ce fut un emploi de chef de bureau qui lui servit d'acheminement vers la faveur de Mécène d'abord, puis vers celle d'Auguste. De même, enfin, que les chevaliers accompagnèrent le cadavre d'Auguste (Suet., *Aug.*, 100; Dio Cass., LVI, 31), de même les décuries de scribes suivirent celui de Drusus, fils de Livie et père de Claude. (Suet., *Claud.*, 1.) — Ajoutons que, dans la suite des gouverneurs de provinces, le *scriba* venait immédiatement après les officiers supérieurs du rang de chevaliers (Cic., *Pro C. Rabir. Post.*, VI, 13 ; *In Verr.*, act. II, lib. II, 10, 27 ; cf. Sallust., *Hist.*, 3, 4, éd. Dietsch), et que, à l'instar de ceux-ci, il était décoré pour bonne conduite ; Cicéron nous le montre recevant l'anneau d'or. (*In Verr.*, act. II, lib. III, 80, 185 ; cf. *Ad famil.*, X, 32, 2.) Les *scribæ* des gouverneurs de provinces mettaient leur titre dans l'entête de leurs lettres. (*Ex. gr.* : L. Papirius scriba ; Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 66, 154. — Horace décerna également cette qualification à son ami Celsus Albinovanus ; *Ep.*, I, 8, 2.) C'était là, toutefois, une habitude que, d'ordinaire, les magistrats avaient seuls, et dont Cicéron se moquait comme d'une prétention ridicule, quand elle était prise par des subalternes moins élevés encore que les *scribæ*, par exemple par les *accensi*. (*In Verr.*, *ubi supra* ; cf. *eod.*, 60, 137.) Notons, enfin, qu'une différence profonde séparait les *scribæ* des gouverneurs de provinces, des fonctionnaires de la cité : c'est que, tandis qu'ils percevaient, pour leurs services, un traitement annuel et direct du Trésor — (appelé toujours *merces* à l'origine [Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 78, 182 ; SC. de 743, dans Frontin, *De aq.*, 100 ; Corn. Nepos, *loc. cit.* note 16, *supra* ; Plutarch., *Cato min.*, 16 ; cf. *lex Cornelia de XX quæstor.*, 1, 1 ; 2, 31, *C. I. L.*, 1, 108], mais aussi *salarium* sous l'Empire [Plin., *Epist.*, IV, 12], où les fonctions exercées par les chevaliers étaient en général rétribuées), — ces derniers ne recevaient tout au plus que des gratifications. En un mot, à la différence des magistrats, du moins pendant la République (voy. chap. I, § 4, note 16, II, pp. 389 et suiv.), les *scribæ* étaient des *mercenarii* ou du moins réputés tels. Corn. Nepos (*loc. cit.* note 16, *supra*) se montre, à cet égard, plus libre dans sa manière de parler que Cicéron, qui, bien que constatant que les scribes reçoi-

2° Notre seconde observation a trait à une idée fort importante au point de vue de ce travail, idée qui explique pourquoi nous avons consacré aux scribes les développements qui précèdent. C'est que, d'une manière générale, les *apparitores* des magistrats avaient la liberté, s'ils se démettaient volontairement (51) de

---

vent un faible salaire (« *tuus apparitor parva mercede populi conductus* »; *In Verr.* act. II, lib. III, 78, 182), que ne devaient cependant pas, malgré sa modicité, mépriser des gens dans la position d'Horace, emploie, dans ses discours, le ton d'une grande politesse au sujet de cette classe de personnes si influente, ton dont il se départit d'ailleurs, lorsqu'il n'a plus le même intérêt à observer cette prudente réserve et qui ne se rencontre, par là même, que dans ses plaidoyers seuls. (Voy., en effet, *De leg.*, III, 20, 46, et comp. note 3 *in fine, supra.*) Il ne faut donc pas se laisser tromper par le langage aussi avisé que calculé de l'avocat, et si l'on veut une preuve de plus que les *scribæ* n'étaient point, en somme, d'une condition bien relevée, on n'a qu'à se rappeler que Suétone (*Vesp.*, 3) écrit, au sujet de Flavius Liberalis, beau-père de Vespasien, qu'il n'était autre chose qu'un *quæstorius scriba* : « *nec quicquam amplius quam quæstorius scriba.* » Ce qui établit bien, d'ailleurs, que les *scribæ* étaient regardés comme *mercenarii*, c'est qu'ils ne pouvaient être élus à une magistrature ou la briguer, qu'autant qu'ils n'étaient plus scribes. Ainsi, Cn. Flavius, qui était *scriba ædilicius*, ne fut élu, en 450, à l'édilité curule (voy. *supra*, note 45), qu'après s'être défait de son *scriptus* (voy., sur le sens de ce mot, note 54, *infra*); de même, en l'an 555, nous rencontrons le dictateur M. Claudius Glicia : or, les fastes Capitolins portent qu'il *scriba fuerat* (Orelli, *M. T. Ciceronis opp.*, t. 8, *Fasti consulares*, p. XXXIV, sub *ann.* 504); pareillement, en 580, Cicereius, qui avait été scribe de l'ancien Africain, c'est-à-dire de son questeur, brigua la préture pour cette année même (Val. Max. IV, 5, 3; cf. III, 5, 1); enfin, Cicéron (*De off.*, II, 8, 29) rapporte qu'un individu, qui avait été scribe sous la dictature de Sulla, fut investi de la questure urbaine sous César. A aucune époque, la loi ne mit obstacle à des candidatures de ce genre; mais, ainsi qu'on pourra le voir en se reportant aux auteurs par nous cités, elles étonnaient toujours.

(50) Les inscriptions nous en fournissent des exemples, soit sous la République, soit sous l'Empire. C'est ainsi qu'un certain Q. Fabius Cytisus *viator quæstorius ab erario, scr. libr. tribunicius, scr. quæstorius trium decuriarum* (Grut., 627, 5), était affranchi de Q. Fabius Africanus, consul en 744 = 10 a. Chr.; et Orelli (n° 2176) en mentionne un autre de l'époque de Commode. — Mommsen (*loc. cit.*, p. 338, note 1) fait remarquer, toutefois, que si l'on rencontre beaucoup de fils d'affranchis, les affranchis eux-mêmes sont assez rares, puisque, sur une quarantaine d'inscriptions relatives à des *scribæ quæstorii*, il n'en trouve que cinq parlant d'affranchis, et six autres qui, par la forme du *cognomen*, se rapportent probablement à des *libertini*. On peut en dire à peu près autant, ajoute-t-il, au sujet des scribes des édiles.

(51) Cet adverbe est absolument nécessité par la double constatation suivante : d'une part, il est bien invraisemblable que le droit dont il est question au texte, ait appartenu aux *apparitores* destitués. (Voir un exemple d'une destitution de ce genre, note 28 *in fine, supra.*) D'un autre côté, si, comme nous allons le montrer (texte *infer.*, et note 54, *infra*), la vénalité s'introduisit dans les fonctions des *apparitores*, du moins leurs offices n'étaient-ils point héréditaires, en ce sens qu'ils ne pouvaient très-certainement pas en disposer en cas de mort : ce qui nous paraît le démontrer péremp-

eurs fonctions, de présenter un successeur qui, à la condition de e montrer à l'abri de tout reproche, devait être accepté par le onctionnaire spécial auquel ils étaient eux-mêmes attachés (52). Ceprincipe amena tout naturellement la conséquence capitale pour nous, que la charge d'appariteur, et de scribe en particulier, présentant en cela une très-curieuse analogie avec nos offices ministériels en général, et spécialement avec ceux de nos greffiers (53), devint l'objet d'une vente de la part de son titulaire à un tiers de son choix (54).

---

toirement, c'est que, parmi les documents épigraphiques sur lesquels nous sommes si riches, en ce qui concerne les appariteurs, il n'en est pas un seul de nous connu, qui porte mention d'enfants revêtus d'une pareille charge, après le décès de leur père, et à titre de successeurs dans les fonctions exercées par leur auteur. Loin de là : les inscriptions nous parlent, au contraire, de tout jeunes gens comme titulaires de ces emplois. C'est ainsi que l'une d'elles nous montre un *scriba decurialis decuriæ ædiliciæ* mort à vingt ans. (M. Rénier, *Inscr. rom. de l'Algérie*, n° 3513.)

(52) *Lex Cornelia de XX quæstor.*, 2, 24 : « *eis viatoribus præconibus, quei ex hac lege lectei erunt, vicarium dare subdere jus esto licetoque, utei cetereis viatoribus præconibus, qua in quisque decuria est, vicarium dare subdere juus erit licebitque. Itemque quæstor(es) ab eis vicarios accipiunto, utei aa cetereis viatoribus præconibus vicarios accipei oportebit.* » De là l'inscription suivante : HOC MONIMENTVM | APPARITORVM PRAECONVM | AEDILIVM VETERVM | VICARIVM EST | ET POSTERISQVE EORVM. (Orelli, n° 3202 = *C. I. L.*, VI, 1946.) On voit, dans la suite, réclamer des dommages-intérêts pour avoir été injustement dépouillé de la décurie dont on faisait partie. (Dositheus, *Sent. Hadr.*, 9.)

(53) Il faut se garder de pousser la ressemblance jusqu'à l'assimilation, et ne pas perdre de vue que l'hérédité fut étrangère aux charges de scribes. (Voy. note 51, *supra*.) Même en ce qui concerne la vénalité, l'identité est bien loin d'être complète. (Voy. chap. I, § 1, note 6, p. 207. — Comp. le texte de Cicéron, cité à la note suivante.) Aussi n'est-il question au texte que d'une simple analogie.

(54) Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 79, 184, Orelli : « *Ad eos me scribas revoca, si placet; noli hos colligere, qui nummulis corrogatis de nepotum bonis ac de scænicorum corollariis, cum decuriam emerunt, ex primo ordine explosorum in secundum ordinem civitatis se venisse dicunt.* (Voy. *supra*, note 48.) *Eos scribas tecum disceptatores hujus criminis habebo, qui istos scribas esse moleste ferunt. Tametsi cum in eo ordine videamus esse multos non idoneos, qui ordo industriæ propositus est et dignitati* (voy. *supra*, note 40), *mirabimur turpes aliquos ibi esse, quo cuivis pretio licet pervenire?* » (Comp. la note précédente.) — Suet., *Horat. poetæ vita, in init.* : « *Bello philippensi, excitus a Marco Bruto imperatore, tribunus militum meruit, victisque partibus, venia impetrata, scriptum quæstorium comparavit.* » (M. Walckenaer, dans son *Histoire de la vie et des poésies d'Horace*, 2e éd., t. 1, pp. 239 et 240, fixe à la 29e année du poète l'achat qu'il fit du *scriptus quæstorius*; mais ce n'est là qu'une conjecture. Voy. M. Egger, *op. et loc. citt.*, p. 228, note 4.) — *Schol. Juven.*, 5, 3 : « *Sarmentus..... incertum libertus an servus... eo fiduciæ pervenit, ut pro equite Romano ageret, decuriam quoque quæstoriam compararet.* » Cf.

Sous l'Empire, les décuries des *scribæ* et des *præcones* des Ediles curules formaient deux collèges, soumis à la direction de deux *curatores* choisis annuellement par l'Empereur (55).

Enfin, sous le Bas-Empire, et notamment sous les empereurs chrétiens postérieurs à Constantin, il est encore fait mention expresse des *decuriæ* (ou de la *decuria*) *scribarum librariorum*: mais il est impossible, dans l'état actuel des documents, d'indiquer d'une façon précise les ressemblances et les différences qui existaient entre elles et les anciennes corporations de scribes. Tout ce que l'on peut avancer avec quelque certitude, c'est que le rôle originaire des *decuriales*, c'est-à-dire l'*apparitio*, a disparu, pour être remplacé par des fonctions toutes différentes et complètement étrangères aux temps antérieurs, nous voulons dire par le

---

un rescrit de Philippe, inséré dans les *Fr. Vatic.*, § 272 : « ..... *tribus et decuriis quæ ipsius nomine comp*[*aratæ sunt*]... » *Adde* M. Egger, *Lat. serm. reliq.*, p. 284 et comp. Weber, *Ueber die röm. Scribæ, eine Episode der Biographie des Horatius*, dans les *Neue Jahrbücher* de Seebode, IX, Suppl. Band, pp. 78-92. — Ce que nous venons de voir Suétone appeler *scriptus quæstorius*, expression consacrée et fréquente à Rome, n'était pas autre chose que la direction des décuries ou bureaux, qui formait un office transmissible et vénal. — Ajoutons que nous possédons aussi des exemples d'achat d'une *decuria* dans les collèges d'esclaves également divisés en décuries. (Reines, 10, 3 = Mur., 298, 3; Vermiglioli, *Iscr. Perug.*, p. 428.)

Nous devons, avant d'abandonner les *scribæ*, mentionner les *scribæ armamentarii* et les *scribæ geruli*, qui ne nous sont absolument connus que par les documents épigraphiques. L'existence des premiers nous est révélée par un monument élevé à l'honneur d'Antonin-le-Pieux par les *scribæ armamentarii* (Henzen, n° 6796), et par deux inscriptions d'un *ex decuria armamentarii* (*C. I. L.*, V, 1883) et d'un *armamentarius decuriæ*. (Henzen, n° 5152; la leçon n'est pas ici bien sûre.) Ces monuments prouvent qu'ils n'étaient point inférieurs en rang aux autres scribes. — Quant aux *scribæ geruli*, une inscription mentionne la [*δ*]*εκουρία γερούλων* (Henzen, note 1, sous le n° 5973); deux autres, les *decuriales geruli* (Orelli, n°s 976 et 4196); une quatrième enfin parle d'un *servus dispensator* qui leur appartenait. (Orelli, n° 874.) — Ces deux dernières espèces de scribes devaient appartenir aussi à la catégorie des *apparitores* publics, car, outre qu'ils constituaient des corporations à Rome — (les uns comme les autres ne formaient qu'une seule décurie), — et indépendamment de ce qu'on leur trouve consacrées les expressions *decuria* et *decuriales*, une inscription publiée par Henzen (n° 7190) établit un rapport, assez peu clair d'ailleurs, entre eux et les *lictores populares*. (Voir sur tout ceci, Mommsen, *Handb.*, t. I, pp. 352 *in fine* et suiv.)

(55) MM. Mommsen, *De Apparit.*, p. 41, et G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, v° APPARITORES, p. 328, col. 2. Ils tenaient leurs réunions communes dans le local appelé *Schola Xantha*, près du *Forum*. (Lange, *op. cit.*, t. I, p. 664.)

service auprès du Sénat romain (56). Parmi ces *decuriales* d'un nouveau genre, dont le Président, probablement le *magister census*, formule les décisions du Sénat et a la garde de ses protocoles et de ses archives (57), on voit les scribes apparaître au premier plan, et jouer un rôle plus considérable encore, ce semble, qu'auparavant (58). Ces mêmes *officiales* avaient aussi pour mis-

---

(56) Les *officiales* attachés à la magistrature de l'époque de Dioclétien et de Constantin sont entièrement différents des *apparitores* des temps antérieurs. On peut prouver l'existence des appariteurs de la capitale, formant corporations, jusque dans le sixième siécle de notre ère au moins. Il va sans dire qu'ils ont subi des transformations et des changements essentiels; mais ce qu'il convient de noter, c'est qu'ils offrent une suite ininterrompue et portent le nom traditionnel de *decuriales urbis Romæ*. (Comp. à cet égard : Tacit., *Ann.*, XIII, 27; Suet., *Aug.*, 57; Tertullian., *Apol.*, 37, avec C. Th., XIV, 1 et 2. Dans le passage de Tacite, qui nous a déjà occupé à un autre point de vue [voy. *Introd. gén.*, note 39, p. 17], le mot *decuriæ* désigne les *apparitores* formant corporation [personne civile ou morale; voy. *supra*, note 19], et le mot *ministeria* ceux qui n'en forment point, les *accensi* et les *calatores* tout spécialement. Dans le C. Th. encore, ces corporations sont désignées sous la dénomination de *decuriæ urbis Romæ*, XIV, 1, par opposition aux *corporati urbis Romæ*, XIV, 2, aux corporations de l'époque de Constantin, de même que l'on oppose le mot *decuria* à *collegium*, terme réservé aux appariteurs des *sacerdotes*, ou à *corpus*. [L. 25 § 1, fr. Ulp., *De acquir. vel omitt. hered.*, D., XXIX, 2; L. 3 § 4, *De bon. possess.*, D., XXXVII, 1.] Nous avons indiqué, note 22 *in fine*, *supra*, que *decurialis* est également synonyme d'*apparitor*. — Voy., sur tout ceci, Mommsen, *Handb.*, t. 1, p. 327, note 1, et comp. note 19, *supra*.) — Sur ces corporations d'appariteurs, les sources nous font à peu près défaut pour tout le troisième siècle, et les principaux documents que l'on puisse consulter, si l'on veut suivre leur destinée après Constantin, sont les titres du C. Th., *De lucris officiorum* (VIII, 9) et *De decuriis urbis Romæ* (XIV, 1), dont a été extrait le tit. 13 du lib. XI du Code de Justinien, *De decurialibus urbis Romæ;* les *Variæ* de Cassiodore (V, 21 et 22, où l'on trouvera deux lettres de Théodoric ayant trait à la nomination du président de ces décuries, et adressées, l'une à ce président lui-même, l'autre au sénat de Rome); enfin les admirables commentaires de J. Godefroy qui sont ici, comme ailleurs, écrits avec une science rare, et que les documents épigraphiques sont venus compléter. Voir aussi Mommsen, *ubi supra*, pp. 353 et suiv.

(57) Cassiod., *Var.*, V, 22. L'expression *decuriarum rector*, qu'on lit dans cet auteur, n'implique pas nécessairement que tel ait été le titre du fonctionnaire dont nous parlons. Au reste, l'analogie de ses fonctions et de celles du *magister census* de cette époque (voy., sur ce dernier, Mommsen, *Memorie dell' Inst.*, 2, 327), est telle, que l'un et l'autre doivent être identifiés. — Ce qui est plus douteux, c'est de savoir si le *judex decuriæ*, devant lequel le *decurialis* devait être traduit, quand on voulait le faire priver de ses privilèges (Const. 3 *in fine*, *De decur. urb. Romæ*, C. Th., XIV, 1), n'est autre que le *magister census*, et si cette dénomination constitue un titre spécial ou n'est qu'une simple qualification.

(58) Const. 1, *De lucr. officior.*, C. Th., VIII, 9; Const. 1, *De decur. urb. Rom.*, *eod.*, XIV, 1; Capitol., *Gordian. tres*, 11, éd. Panck.; voir aussi une inscript. chrétienne de Rome de l'an 451, qui mentionne un certain *Laurentius* [*s*]*criba senatus*, et

sion de percevoir le *census* des Sénateurs (59), et ils se trouvaient mêlés à un grand nombre d'actes de la juridiction volontaire. C'est ainsi qu'ils étaient chargés de la réception, du dépôt et de la garde des testaments (60), ce qui leur procurait des émoluments considérables (61). — Telle est la forme sous laquelle ces débris de l'ancienne *apparitio* de la République ont subsisté aux derniers temps de l'antiquité, et peut-être même jusque dans le moyen-âge (62).

Ayant ainsi parlé des ancêtres de nos greffiers, disons quelques mots de ceux de nos notaires. De même que les Romains avaient laissé la carrière de médecin et de grammairien à des esclaves, de même était-ce également à des esclaves qu'ils avaient confié le soin d'écrire pour eux et de tenir note de ce qui concernait leurs affaires. Si bien que, pour assurer davantage la commodité des citoyens, et pour donner une satisfaction plus grande aux exi-

---

qui a été publiée par Rossi, *Bullett. crist.*, vol. 7, 1869, p. 18. — Mommsen (*Handb.*, t. 1, pp. 354 *in fine* et suiv.) pense qu'il existe peut-être quelque rapport entre l'importance revêtue alors par les *scribæ* et ce fait, mentionné par Valentinien, Théodose et Arcadius dans une Constitution de 389, comme une vieille tradition que de la métropole de chaque province étaient tirés deux *decuriales* (Const. 3, *De decur. urb. Rom.*, C. Th., XIV, 1, *ibiq.* Gothof.), et il estime que, lorsque l'on confia ces fonctionnaires subalternes la rédaction des actes du Sénat, il est probable qu'on introduisit en même temps cette singulière représentation provinciale. Faut-il maintenant y voir une relation avec l'ancienne délégation annuelle de deux *scribæ quaestorii* dans chaque province sénatoriale (voy. *supra*, note 27) ? C'est ce que nous ignorons. — Ajoutons que, sous Justinien, l'on retrouve encore les scribes assistant le magistrat. Le scribe est même devenu à cette époque un des nombreux dignitaires de l'Empire, puisqu'une Novelle de ce prince le qualifie de *clarissimus scriba*. (Novell. XCIV. *epilog.*)

(59) Symmach., *Ep.*, X, 67. C'est là ce qui leur valut dans la suite le titre ordinaire de *censuales*, et à leur président celui de *magister census*. Quant à la différence, si toutefois il en existe une, qu'il y avait entre les *scribæ* et les *censuales*, elle nous est inconnue.

(60) *Ex. gr. :* Const. 4, *De testam. et codicill.*, C. Th., IV, 4 = Const. 18, *De testam.*, C. Just., VI, 23 ; Cassiod., *Var.*, V, 21 ; Böcking, *Not. dign. Occid.*, t. 1, p. 193.

(61) C'est ce qu'a en vue Constantin, lorsque, confirmant une ancienne pratique, il écrit en 335 : « *Ordines decuriarum scribarum librariorum et lictoriæ consulari oblatis precibus meruerunt, ut in civilibus caussis et editionibus libellorum, officiorum solennitate fungantur, ita ut vetusta ætate servatum est.....* » (Const. 1, *De incr. officior.*, C. Th., VIII, 9.)

(62) Voy., sur tout ceci, Mommsen, *Handb.*, t. 1, pp. 353 et suiv.

gences de la pratique, ils en vinrent à instituer dans les villes des *servi publici*, appelés ordinairement du nom de *tabularii* (63), qui, de même qu'un esclave public pouvait stipuler au nom de tout habitant de la ville, comme s'il lui avait appartenu en propre, pouvaient, de leur côté, tenir et garder note par écrit de ce qui intéressait chaque particulier, comme s'ils avaient été leurs secrétaires personnels. Cet emploi était même à ce point considéré comme servile, qu'il ne devait pas, dans le principe, être rempli par un autre que par un esclave; c'est là, du moins, la conclusion qui nous semble ressortir d'un rescrit de Dioclétien et de Maximien, que nous avons déjà rencontré (64), et dans lequel nous voyons ces empereurs assurer à l'intéressé affranchi, à qui ils répondent, que l'exercice de semblables fonctions n'a pas compromis la liberté qu'il avait acquise : «..... *Si* ..... *manumissus, civitatem romanam consecutus es, post vero ut libertus tabulariam administrando, libertatem quam fueras consecutus, non amisisti, nec actus tuus filio ex liberis ingenuo suscepto, quominus decurio esse possit, obfuit.* » Ces décisions n'impliquent-elles pas clairement que la qualité de *tabularius* fut à l'origine une preuve d'esclavage chez celui qui la possédait (65)? — Le rescrit dont nous

(63) Comp. chap. II, § 2, note 59 *in med.*, p. 458. Les *tabularii* ne doivent cependant pas être confondus avec les *tabelliones*. Ils étaient spécialement chargés de la comptabilité dans les administrations provinciales et municipales. (Constt. 9 et 12, *De numerar.*, C. Th., VIII, 1; Const. 4, *eod. tit.*, C. Just., XII, 50; Const. 5, *De tabular.*, C. Th., VIII, 2 = Const. 3, *eod. tit.*, C. Just., X, 69; Const. 5 § 1, *De iis, quæ administr.*, C. Th., VIII, 15; voir d'ailleurs les titres *De tabular.* au C. Th., VIII, 2, et au C. Just., X, 69.) Comme les *tabularii* des villes avaient également la garde des archives communales (Capitol., *M. Anton.*, 9; L. 3 § 3, fr. Ulp., *De tab. exhib.*, D., XLIII, 5), ils avaient, à raison de cette branche de leurs fonctions, qualité pour intervenir dans divers actes, dans le but de leur imprimer un caractère d'authenticité. Leur intervention était même exigée dans certains actes, et notamment dans l'adrogation des impubères, du moins dans le dernier état du droit (§ 3, *De adoption.*, Inst., I, 11; cf. L. 18, fr. Marcellus, *eod. tit.*, D., 1, 7), dans les testaments faits par des aveugles (Const. 8, *Qui testam. facere poss.*, C. Just., VI, 22; § 4, *Quib. non est permiss. facere testam.*, Inst., II, 12), et dans l'inventaire que devait faire l'héritier qui acceptait sous bénéfice d'inventaire. (Const. 22 § 2, *De jure delib.*, C. Just., VI, 30; Novell. I, cap. II, § 1.) — Comp., sur tout ceci, M. Maynz, *op. cit.*, t. 1, n° 224 *in fine*, p. 333.

(64) Const. 3, *De serv. reipubl. manumitt.*, C. Just., VII, 9. Voy. chap. II, § 2, note 59 *sub fin.*, p. 458.

(65) Du reste, la lecture du titre *Ne quis liber invitus actum reipublicæ gerere co-*

venons de citer un passage ne fut qu'un acheminement vers une réforme très-profonde qui se réalisa ultérieurement. Tandis, en effet, que Dioclétien et Maximien admirent des hommes libres comme *tabularii*, Arcadius et Honorius, faisant suivre cette première innovation d'une révolution complète en cette matière, décidèrent au mois d'avril de l'an 401, par une Constitution datée de Milan, que désormais leurs fonctions ne seraient plus accessibles qu'à des hommes libres. Des peines rigoureuses assuraient le respect de leur prescription (66). Le résultat produit par cette loi ne fut pas toutefois, il s'en faut, tel qu'on pourrait s'y attendre. Loin de rehausser la charge des *tabularii*, elle la rendit odieuse, en aggravant singulièrement la condition de ces fonctionnaires, dont l'emploi devint pour eux une servitude d'un nouveau genre : voici comment : leurs fonctions furent dès lors électives, comme celles des *defensores civitatum*. Aussi furent-elles rangées au nombre des *munera municipalia*, c'est-à-dire des charges municipales (67), et leur exercice en était rendu d'autant plus onéreux

---

gatur (C. Just., XI, 36), composé de deux rescrits, l'un d'Alexandre Sévère, l'autre des mêmes empereurs Dioclétien et Maximien, achèvera la démonstration sur ce point, et prouvera avec évidence que la fonction de *tabularius* commença par être un *officium servile* par excellence, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer. (Voy. le renvoi de la note précédente.)

(66) Const. 5, *De tabular.*, C. Th., VIII, 2, *ibiq.* Gothof.; Const. 3, *eod. tit.*, C. Just., X. 69. Cette Constitution, dont nous avons également fait mention ci-dessus (voy. le renvoi de la note 64), est ainsi conçue : « *Generali lege sancimus, ut, sive solidis provinciis sive singulis civitatibus necessarii fuerint tabularii, liberi homines ordinentur, neque ulli deinceps ad hoc officium patescat aditus, qui sit obnoxius servituti; sed et si quis dominorum servum suum sive colonum chartas publicas agere permiserit (consensum enim, non ignorantiam volumus obligari) ipsum quidem, in quantum interfuerit publicæ utilitati, pro ratiociniis, quæ servo sive colono agente tractata sunt, obnoxium attineri, servum autem competentibus affectum verberibus fisco addici. In præteritum quoque decernimus, cura dominorum præsentari eos, qui ratiocinia tractaverint, quorum interfuit ab initio providere, ne publicis actibus privata servitia immiscerentur, ut temporis sui quisque rationem positus in quæstione depromat.* » Les commissaires de Justinien, tronquant cette dernière phrase, et la dénaturant, en ont fait le motif des décisions contenues dans la précédente. — Joindre à cette Constitution l'*interpretatio* dont elle est accompagnée au C. Th.

(67) Arcadius Charisius les compte parmi les *munera personalia* (L. 18 § 10, *De muner. et honor.*, D., L, 4. Cf., *eod.*, § 13, pour les *defensores*), ainsi que celles des *scribæ magistratus* (*eod.*, § 17).

qu'elles étaient gratuites. Ces faits nous expliquent pourquoi les citoyens voulurent s'y soustraire, en se faisant pour la plupart, afin d'atteindre ce but, officiers domestiques des Empereurs. La multiplicité et la fréquence de semblables désertions finirent par alarmer le Pouvoir, qui ne trouva d'autre remède, pour enrayer le cours de ces abandons, que de river les *tabularii* à leurs fonctions. Aussi voyons-nous les Empereurs ordonner d'y ramener ceux qui les auraient abandonnées (68).

Quant à l'époque précise à laquelle les particuliers prirent l'habitude de faire rédiger leurs conventions par des officiers publics inférieurs, appelés *pragmatici* ou *tabelliones* (de *tabula*, terme synonyme de *documentum*, *instrumentum*), nous ne la croyons pas susceptible d'une détermination absolument exacte ; mais nous sommes très-porté à croire que cette coutume s'introduisit dès la fin de l'époque classique, puisque nous trouvons déjà la trace de ces officiers dans un texte d'Ulpien (69). Dans tous les cas, il ne saurait exister aucun doute sur ce point pour le Bas-Empire (70). Ce qui n'est pas moins certain, c'est qu'à l'origine, les actes qui constataient les conventions des particuliers émanaient des personnes intéressées ou de leurs auteurs (71), et que,

---

(68) Const. 1, *De tabular.*, C. Th., VIII, 2 ; Constt. 1 et 4, *eod. tit.*, C. Just., X, 69. La première de ces deux Constitutions est la reproduction inexacte de celle du C. Th.

(69) L. 9 § 4 *in fine*, *De pœn.*, D., XLVIII, 19. — Julius Capitolinus nous apprend que l'empereur Macrin avait été, d'après la renommée, tabellion en Afrique. (*Macrinus*, 4.) Enfin, on rencontre les *tabelliones* dans le tarif de Dioclétien. (*Edict. Dioclet. De pretiis rer. venal.*, VII, 4. — Voy. cet édit dans Haubold, p. 268, et Appendice, pp. 1-23, et dans Hænel, *Corpus legum*, p. 175.) Ces écrivains n'avaient aucun caractère officiel ; mais, quand l'institution eut reçu de l'extension, ils se virent soumis, par l'autorité publique, à une certaine surveillance et à une action disciplinaire. (L. 9 §§ 4 à 6, *De pœn.*, D.) — Au sixième siècle de notre ère, les tabellions de Ravenne formèrent une corporation ayant à sa tête un *primicerius*. (Marini, I *papiri diplomatichi*, n° 110 ; M. de Savigny, *Hist. du dr. rom. au moyen-âge*, t. 1, § 106.)

(70) Const. 1 § 1, *Ad. leg. Cornel. de fals.*, C. Th., IX, 19, *ibiq.* Gothof.; Const. 17, *De fid. instr.*, C. Just., IV, 21. Voir aussi, sur les *tabelliones* du Bas-Empire, Gothof., *Ad Const.* 3, *De decurion.*, C. Th., XII, 1, éd. Ritter, t. 4, f° 363, et consulter les Novelles XLIV et LXXIII ; *junge* Novell. XLIX, cap. II. Voir les Commentaires de Cujas sur ces trois Novelles, *Opp.*, t. 8, coll. 494 *in fine* et *seq.*, 496 *in fine* et *seq.*, et 509.

(71) Ces actes privés portaient le nom générique d'*instrumenta privata ;* ils s'appelaient plus spécialement *arcaria nomina* (Gaius, III, 131), *chirographa*, *syngraphæ*,

sans être assujettis à aucunes formes, ils devaient, en général, être revêtus de la signature des parties, tout au moins de celle qui s'obligeait ou aliénait, pour pouvoir servir de preuve écrite (72). Du jour où l'on recourut au ministère des *tabelliones* pour la rédaction des conventions privées et des contrats (73), ou pour la réception des testaments (74), on distingua, au point de vue de la preuve écrite, des *instrumenta privata* et des *instrumenta publica* ou *publice confecta* (75).

Les *tabelliones* de Rome qui, pour le dire en passant, devaient avoir une certaine connaissance du droit (76), différaient, à deux points de vue fort importants, de nos notaires actuels :

---

termes désignant deux contrats particulièrement usités chez les Grecs, et remplaçant à l'égard des *peregrini*, le contrat *litteris* (Gaius, III, 134; voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 386, note), et ἰδιόχειρα (Const. 11, *Qui pot. in pign.*, C. Just., VIII, 18).

(72) Les textes nous fournissent quelques exemples d'écrits, *cautiones*, rédigés *ad probationem*. (*Ex. gr.:* L. 40, fr. Paul., *De reb. cred.*, D., XII, 1; L. 126 § 2, fr. Paul., *De verb. oblig.*, *eod.*, XLV, 1.)

(73) Const. 2, *De eunuch.*, C. Just., IV, 42; Const. 1, *Ut nemo ad suum patrocin.*, *eod.*, XI, 53.

(74) Constt. 24 et 29 *in fine*, *De testam.*, C. Just., VI, 23.

(75) On ne saurait non plus préciser exactement la date de cette distinction ; mais, si elle remonte jusqu'au droit classique, les jurisconsultes ne s'en préoccupèrent pas. Du reste, avant son apparition, il est hors de conteste que les actes authentiques ne furent point absolument inconnus à Rome. On en trouverait des exemples dans tous ceux qui exigeaient le concours d'un magistrat ou du peuple lui-même, comme les affranchissements *vindicta* ou *censu*, l'adoption, l'adrogation, l'émancipation, de même aussi que dans les *professiones natales* ou actes de naissance, dont l'origine remonterait à Marc-Aurèle, d'après son biographe Julius Capitolinus. (*M. Antonin.*, 9. Cf. L. 29 § 1, fr. Scæv., *De probat.*, D., XXII, 3; L. 2 § 1, fr. Modest., *De excusat.*, *eod.*, XXVII, 1. Voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, 3e éd., p. 107, note 2.) Au demeurant, la rédaction d'un écrit n'ayant été exigée à aucune époque, il en résulta par *a fortiori* que les parties n'étaient jamais obligées de faire dresser un acte public que dans les cas où la loi le leur imposait, comme nous en avons vu un exemple pour l'inventaire sous Justinien. (Voy. chap. II, § 2, note 59 *in fine*, p. 458.) En un mot, le ministère des *tabelliones* était, comme aujourd'hui, facultatif en principe et sauf exception. (Voy. Novell. LXXIII, *passim*.) Toutefois, l'acte public était parfois préféré à l'acte privé : l'empereur Léon nous en fournit un exemple, en décidant que celui dont l'hypothèque serait constatée par acte public (ou, ajoute-t-il, par acte privé portant la signature de trois témoins irréprochables), primerait toujours, nonobstant leur antériorité, les créanciers porteurs d'un simple titre privé. (Const. 11, *Qui pot. in pign.*, C. Just., VIII, 18.) — Voy., sur tout ceci, MM. Accarias, *op. cit.*, t. 2, pp. 886 et suiv., et Maynz, *op. cit.*, t. 1, n° 224, pp. 331 *in fine* et suiv.

(76) Novell. LXVI, cap. I pr. Cujas, *Ad Novell.* XLIV, *Opp.*, t. 8, col. 495.

D'une part, leurs fonctions ne semblent pas avoir été vénales (77), ce qui ne doit pas faire aboutir à cette conséquence qu'elles étaient libres et ouvertes à tout le monde. Outre que leur caractère de fonctions publiques (78) aurait à lui seul suffi à empêcher cette conclusion erronée, si l'on se reporte aux dispositions du chapitre I de la Novelle XLIV de Justinien, on verra que l'autorité supérieure exerçait sur elles un contrôle assez efficace et une surveillance assez active ;

D'un autre côté, la foi qui s'attachait aux actes émanés de leurs titulaires était beaucoup moins grande que celle résultant de nos actes notariés qui possèdent, on le sait, le caractère de l'authenticité. Il ne faut pas, à cet égard, se laisser égarer par la qualification de *forensia vel publica instrumenta* que leur donne Justinien (79). Les contrats passés par les *tabelliones* ne faisaient pas à Rome, comme chez nous, pleine foi ; «*non faciebant probationem probatam, sed tantum probationem probandam* », comme le dit

---

(77) La Novelle XLIV nous montre bien les *tabelliones* propriétaires de *stationes ;* mais on ne saurait, sans exagération, conclure de là à la vénalité des charges dont nous parlons, par cette raison qu'on pouvait être *tabellio*, sans être pour cela *dominus stationis*, en ce sens que l'*officium tabellionis* et la *proprietas stationis* pouvaient être séparés et reposer sur deux têtes différentes. Par là même, ces *stationes*, qui semblent bien avoir été quelque peu à la disposition du Prince, puisque, dans le chap. I (§ 1) de sa Novelle, Justinien en déclarait déchu le propriétaire *tabellio* qui contrevenait aux obligations de ses fonctions, ne présentent pas la moindre analogie avec nos offices de notaires. La *statio* avait plus de rapport avec ce que l'on appelait jadis *bancs*, qu'avec nos études modernes. Ces bancs étaient occupés par les procureurs du Parlement de Paris, et, deux d'entre eux, par les notaires du Châtelet. Ils leur étaient conférés, dit Loyseau, « en la mesme sorte que les Offices, par le Bailly du Palais. » Ces bancs, auxquels on appliquait les règles des offices vénaux, vaquaient par mort et par résignation, comme les offices non héréditaires, et aussi par forfaiture, pensait le même jurisconsulte, si toutefois la faute émanait de celui au profit duquel la collation avait eu lieu, et non de celui qui occupait le banc par la permission de son propriétaire, ou qui le tenait de lui à loyer. Décision conforme à celle de la Novelle XLIV, qui édictait que si le tabellion délinquant n'était pas *dominus stationis*, sa faute ne faisait pas perdre la *statio* à son propriétaire. — Comp. Cujas, *Ad Novell.* XLIV, *Opp.*, t. 8, col. 495, et Loyseau, *op. cit.*, liv. II, chap. VI, nos 44 à 50 inclus. — Nous devons rappeler, cependant, que le mot *statio* avait parfois le sens de charge ou fonction ; nous en avons rencontré un exemple dans la Const. 10, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4. (Voy. *supra*, chap. I, § 4, note 91, p. 426.)

(78) Il ressort très-nettement de la L. 9 § 4 précitée, *De pœn.*, D., XLVIII, 19.

(79) Const. 20, *De fid. instrum.*, C. Just., IV, 21.

Loyseau. C'est ce qui résulte très-clairement de la Novelle LXXIII de Justinien (capp. v et suiv. Cf. Novell. XLIX, cap. II). L'authenticité ne résultait que de l'insinuation *apud acta*, qui se faisait, à Rome et à Constantinople, devant le *magister census*, et, dans les provinces, par-devant le magistrat de la province, ou bien pardevant les magistrats municipaux (*duumviri, defensores civitatum*), qui reçurent, en 366, de Valentinien et de Valens, dans un but de commodité et d'utilité pratiques, le droit de dresser les actes (80). Comme le disent expressivement Honorius et Théodose, dans une Constitution de l'an 414 : « *Gesta, quæ sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem.* » (81)

Que si, maintenant, nous jetons un regard rapide du côté des magistrats romains gouverneurs de provinces, qui étaient les dépositaires de la juridiction contentieuse et gracieuse, et qui, dans les premiers temps, cumulaient les fonctions militaires et administratives, nous voyons que ceux-ci avaient au-dessous d'eux, ainsi que la remarque en a déjà été faite, des employés subalternes, désignés sous le nom générique d'*officiales* (82). Ils formaient, nous le savons, un vaste ensemble appelé *officium*, portaient différentes dénominations, et étaient répartis en bureaux, *scrinia*, pour l'expédition et l'exécution des affaires administratives, judiciaires, ou de juridiction gracieuse. Sous les premiers empereurs, chaque magistrat avait tiré ses agents des légions stationnées dans la province soumise à son gouvernement (83). Plus tard, il eut à sa disposition des employés spéciaux, qui étaient titulaires de milices. Au nombre de ceux-ci, il s'en trouvait dont les fonctions exclusives consistaient à noter et à conserver, comme le font nos

---

(80) « *Magistratus conficiendorum actorum habeant potestatem.* » (Const. 2, *De magistr. municip.*, C. Just., I, 56.) Voy. *infra*, p. 650, texte et note 109.

(81) Const. 6, *De re judic.*, C. Just., VII, 52. — Consulter sur cette seconde différence : Cujas, *Ad Novell.* XLIV *in initio*, et *Ad Novell.* LXXIII, *Opp.*, t. 8, coll. 494 *in fine* et *seq.*, et 509 ; Loyseau, *op. cit.*, liv. II, ch. v, nos 29 et suiv.

(82) Voy. chap. I, § 3, note 35, p. 380.

(83) Voy. chap. I, § 3, p. 371 *in fine, a*, et note 35, p. 381.

greffiers, les sentences et les actes de juridiction contentieuse, et à recevoir aussi, comme le font nos notaires, des actes de juridiction gracieuse concernant les particuliers.

Au Bas-Empire, on distinguait plusieurs sortes de greffiers des Présidents de provinces.

Il y avait d'abord le *Cornicularius*, sorte de greffier en chef (84), chargé de la garde des sentences des *judices*, des décrets et des édits adressés au gouverneur (85).

Venaient ensuite, à un rang inférieur, les quatre classes de greffiers à attributions spéciales que voici (86) :

1° Les *Exceptores*. « *Exceptores* étoient ceux, » dit Loyseau (87), « *qui acta judiciorum scribebant*, c'est à dire, qui minutoient et recevoient sous le Juge ses expeditions judiciaires : desquelles formulaire est rapporté en la loy penult. *D. De auctor. tut.* (88). » D'après M. de Savigny (89), la dénomination d'*exceptor* était, aux IVe et Ve siècles, donnée en général à tous les secrétaires pour les actes publics. M. Serrigny (90) pense, sans toutefois nier ce sens, que, « par le mot *exceptores*, on désignait plus spécialement les commis greffiers (91) chargés des écritures se rattachant aux fonctions judiciaires des *judices* (Cod. Th. l. 2 *de Numerar.*; — l. 17 *de div. offic.* — V. aussi Pancir. c. 19); comme on appelait du nom générique de *scriniarii* les simples employés subalternes des bureaux des mêmes magistrats, dans lesquels se traitaient les affaires administratives. (Cod. Th. l. 3, 15 et 16

---

(84) Voy. chap. I, § 3, note 35, p. 381, les observations présentées au sujet de ce fonctionnaire.

(85) Voy. M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 212, p. 172. D'après cet auteur, le nom de *Cornicularius* ne serait, pour l'ordre civil, qu'une imitation ou qu'une extension du nom de l'un des officiers de l'armée romaine. Cette opinion nous paraît beaucoup plus plausible que celle de Pancirole. (Voy. le renvoi de la note précédente.)

(86) Consulter, au C. Th., les titres 1 et 4 du livre VIII, *ibiq.* Gothof., et, au C. Just., les titres 50 et 58 du livre XII.

(87) *Op. cit.*, livre II, chap. v, n° 21.

(88) L. 21, fr. Scævola, XXVI, 8.

(89) *Hist. du Dr. rom.*, t. 1, p. 45.

(90) *Op. cit.*, t. 1, n° 218, p. 175.

(91) Comp. chap. I, § 2, note 6, p. 264 *in init.*

de Numerar.) » Comme les *exceptores* recueillaient les sentences judiciaires au moyen de *notæ* (92), on leur donnait quelquefois aussi le nom de *notarii ;* mais cette communauté de dénomination avec celle des sténographes, qui recevaient les contrats sous les tabellions et dont il a été question plus haut, ne doit pas entraîner la confusion de ces employés les uns avec les autres (93).

2° Les *Regerendarii* (94). Leurs fonctions, comme l'indique leur nom, consistaient à écrire et à mettre au net ces mêmes sentences judiciaires, et à consigner ces expéditions dans des registres *ad hoc* (95). « *Regerere enim iterum gerere est, et inde regestum, iterum gestum seu scriptum* », comme le dit Loyseau (96), d'après Budée, sur la loi Hérennius, *De decurion.*, D. (97) De son côté, Denis Godefroy définissait ainsi cette opération de mettre au net, en sa note) 58 sur la même loi : « *Perscribere est, in acta et regesta, seu registrum referre.* » (98)

3° Les *Cancellarii* (99). Ils avaient pour mission de mettre en forme tous les actes, toutes les sentences et tous les jugements, de leur donner la forme voulue, d'y apposer leur signature et de les délivrer ensuite aux parties. Leur nom venait, non pas de *cancellare* « qui signifie barrer l'ecriture, pour signe qu'elle ne

---

(92) C'est ce qu'il est possible d'induire du rapprochement de deux textes du Digeste et du C. Th. : L. 33 § 1, fr. Modest., *Ex quib. caus. maj.*, D., IV, 6, et Const. 17, *De div. offic.*, C. Th., VIII, 7.

(93) Comp. *supra*, pp. 621 *in fine* et 622, texte et note 8.

(94) Ils doivent être soigneusement distingués des *regendarii* ou *regerendarii* dont il a été question chap. I, § 2, note 6, p. 264 *in init.*

(95) Voy. Novell. XV, *præfat.*

(96) *Ubi supra*, n° 22.

(97) L. 10, fr. Modest., L, 2.

(98) Les *scribæ* tenaient de semblables *regesta.* C'est ce qui résulte d'un passage formel de Vopiscus (*Prob.*, 2), dans lequel ce biographe nous apprend que, pour écrire la vie de Probus, il s'est servi, entr'autres documents, des registres des scribes du portique de Porphyre : « *Usus... ex regestis scribarum porticus Porphyreticæ.* »

(99) Un titre spécial, au Code Théodosien et au Code de Justinien, est consacré aux *cancellarii judicum.* (C. Th., I, 35 (?); C. Just., I, 51.) — Consulter sur eux : Loyseau, *ubi supra*, n°s 23 et suiv.; P. Barral, *op. cit.*, V° CANCELLARIUS : A. Rich, *op. cit.*, *eod. v.;* Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 220, p. 176, et comp. chap. I, § 4, note 21, et p. 396 *in init.*

sert plus de rien » (100), mais de *cancelli* (101), qui signifie barres, barreaux, grilles, treillis ou treillage (102), parce qu'ils se tenaient, à l'instar de nos huissiers audienciers, entre les barreaux ou balustrade, ce que nous appelons aujourd'hui *la barre*, qui les séparait du public, et le *velum*, sorte de voile ou rideau, qui les séparait du *judex* et de ses assesseurs, lorsque ceux-ci voulaient délibérer (103). Placés d'abord au dernier rang parmi les greffiers (104), les *cancellarii* finirent par s'élever au premier (105).

4° Enfin les *Actuarii* ou *ab actis* (106). A la différence des précédents, qui s'occupaient des sentences, ces officiers particuliers étaient chargés de recevoir les actes (*gesta aut monumenta*) de juridiction volontaire ou gracieuse, tels que les émancipations, les adoptions, les affranchissements, et surtout les contrats ou actes, les donations et les testaments, qui devaient être insinués et publiés (107). C'est en ce dernier point que ces employés avaient avec les *tabularii* des attributions communes ; mais ils avaient sur ceux-ci le double avantage d'assurer l'authenti-

---

(100) Loyseau, *ubi supra*, n° 23. Comp. *eod.*, chap. IV, n° 33.

(101) Cassiod., *Var.*, II, 6. — Le mot *cancelli* est un diminutif du vieux mot *cancri*. (Festus, lib. III, V°. CANCRI, éd. Panck., t. 194, p. 76.)

(102) Voy. A. Rich, *op. cit.*, à ce mot, et M. E. Saglio, dans son *Dict.*, *h. v.*

(103) Voy. J. Gothof., *Ad Const.* 3, *De assessor.*, *domest. et cancell.*, C. Th., I, 35 (?), éd. Ritter, t. I, foll. 80 et suiv. Le *velum* faisait à peu près l'office de nos rideaux de théâtre, s'ouvrant et se fermant à volonté, suivant que le *judex* voulait ou non être vu du public, entendre la discussion des affaires, ou délibérer sur les jugements à rendre. (Const. 7 [1], *De off. rect. prov.*, C. Th., I, 16 [7], *ibiq.* Gothof. Voy. aussi P. Barral, *op. cit.*, V° VELUM CUBICULARE.

(104) C'est d'eux, en effet, que font en dernier lieu mention les rubriques des titres sus-indiqués du C. Th. et du C. Just. La *Notitia* ne les mentionne même pas expressément. De plus, ce qui fortifie notre assertion, c'est le reproche que Vopiscus fait à Carin (n° 16), d'avoir nommé *Præfectus urbi* l'un de ses *cancellarii*, ce qui prouve bien qu'à la cour, de même qu'au prétoire, ces officiers occupaient un rang très-inférieur.

(105) Voy. Loyseau, *ubi supra*, liv. II, chap. V, n°s 25 et suiv., et M. E. Saglio, *loc. cit.* note 102, *supra*.

(106) Voy. sur eux : Loyseau, *ubi supra*, n° 28, et M. Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n° 216, p. 174. Comp. *supra*, chap. I, § 3, note 35 *in fine*, pp. 381 *in fine* et suiv.

(107) Voy. pour les donations à insinuer : Constt. 25 et 36 § 3, *De donat.*, C. Just., VIII, 54 ; et pour les testaments à publier : Constt. 18 et 19, *De testam.*, *eod.*, VI, 23.

cité (108) de tous ces actes, et d'en garantir mieux la conservation par leur relation dans les registres du dépôt public ou greffe dépendant du prétoire du juge. Les *actuarii* attachés aux magistrats ne pouvant être partout, les duumvirs et autres magistrats municipaux eurent le droit de recevoir et de rédiger les actes dont il vient d'être question (109). Cela n'implique pas toutefois qu'ils étaient dépourvus de greffiers, comme nous allons le voir dans notre seconde observation, *infrà*.

Nous terminerons ce sujet par les trois remarques suivantes :

1° C'est d'abord que, pendant longtemps, les présidents des provinces choisirent librement leurs greffiers. Mais, dans la première moitié du ve siècle, en l'an 423, les empereurs Honorius et Théodose prohibèrent, sous des peines sévères, cette coutume, et déclarèrent par une Constitution (110) que les candidats à ces fonctions seraient nommés en vertu d'une élection solennelle des *primates* de l'*officium* du gouverneur, et sous leur responsabilité : « *Nullus judicum ad provinciam sibi commissam quemquam secum ducere audeat, cui domestici vel cancellarii nomen imponat, nec profectum ad se undecunque suscipiat, ne famæ nota cum bonorum publicatione plectatur. Periculo enim primatum officii, cancellarios, sub fide gestorum electos* (*ex eodem officio electos*, porte le texte remanié par Justinien) *judicibus applicari jubemus, ita ut post depositam administrationem per continuum triennium* (ce délai a été effacé par Justinien) *nec militiam deserant, et provincialibus præsentiam sui exhibeant, quo volentibus sit accusandi eos facilitas.....* »

2° Nous observerons, en second lieu, que les magistrats infé-

---

(108) Const. 6, *De re judic.*, C. Just., VII, 52; Novell. XLIX, cap. II, et LXXIII. Voy. *supra*, pp. 645 et suiv.

(109) Const. 2, *De magistr. municip.*, C. Just., I, 56; Const. unic., *De offic. juridic. Alex.*, *eod.*, 57; Pancirol., cap. XIV; M. Guizot, *Hist. de la civil.*, t. 1, p. 55. — Voy. *supra*, p. 646, texte et note 80.

(110) Const. 3, *De assessor.*, C. Th., I, 35 [12], *ibiq.* Gothof.; voy. aussi l'*interpretatio* visigothe dont est accompagnée, au C. Th., cette constitution, qui est d'ailleurs reproduite au C. Just. (Const. 8, *eod. tit.*, 1, 51), mais d'une manière imparfaite.

rieurs et municipaux, qui possédaient également une juridiction, soit contentieuse, soit gracieuse, *judices pedanei* (111), *defensores civitatum, duumviri*, etc., avaient aussi des greffiers pour recueillir et conserver leurs sentences, ou les actes et contrats que les citoyens pouvaient avoir à faire, volontairement ou obligatoirement, consigner *apud acta* (112). Ces greffiers présentaient, au point de vue de l'authenticité (113) et de la conservation des actes, la même garantie que ceux des gouverneurs de province. Librement choisis, dans les premiers temps, par les magistrats eux-mêmes, ils devinrent, dans le dernier état de la législation, l'objet d'une mesure analogue à celle qu'avaient prise Honorius et Théodose envers les greffiers des présidents des provinces ; Justinien, en effet, donnant une nouvelle extension à l'innovation de ces princes, décida, dans deux de ses Novelles (114), que les greffiers des *defensores civitatum* et des *judices pedanei* seraient choisis et élus eux-mêmes par le corps des officiers des gouverneurs de province, et sous leur responsabilité (115).

3° Rappelons enfin que les derniers empereurs avaient auprès d'eux un certain nombre de *notarii*. Leurs fonctions, qui n'avaient de commun avec celles de nos notaires que le nom, étaient hautement considérées et correspondaient à celles de secrétaires. Nous renvoyons, pour le surplus, aux quelques détails que nous avons déjà eu l'occasion de fournir sur ces *notarii* (116), en nous

---

(111) Ces *judices pedanei* nous sont à peine connus, et les opinions les plus diverses se sont produites sur leur nature et sur leur caractère. Voy. sur eux MM. Bonjean, *Traité des actions*, t. 1, § 112, pp. 316 et suiv., et Serrigny, *op. cit.*, t. 1, n°s 174 et suiv., pp. 148 et suiv., ainsi que les interprètes anciens et modernes auxquels renvoient ces auteurs. Voir aussi M. Accarias, *Précis de dr. rom.*, t. 2, pp. 807 et suiv.

(112) Const. 19, *De testam.*, C. Just., VI, 23; Constt. 25 et 32, *De donat.*, *eod.*, VIII, 54; Novell. XV, cap. III pr.

(113) Voy. Const. 21, *Ad leg. Cornel. de fals.*, C. Just., IX, 22.

(114) Novell. XV, cap. III § 1, et Novell. LXXXII, cap. VII § 1.

(115) Sur la double réforme dont nous venons de parler, voy. Loyseau, *ubi supra* liv. II, chap. v, n°s 18 et 19.

(116) Voy. chap. I, § 4, note 45, pp. 404 et suiv.

contentant simplement d'ajouter ici qu'ils étaient titulaires de milices (117).

II. — *Des avocats et des avoués* (118).

Nous retrouvons à Rome ces deux genres d'auxiliaires des parties en justice. Mais hâtons-nous de dire que leur condition différait bien de celle de nos avocats et de nos avoués actuels. En effet, les premiers, auxquels on put recourir dès les temps les plus reculés, après avoir longtemps pratiqué l'antique indépendance professionnelle et avoir fait de leur carrière beaucoup moins un métier qu'un acheminement aux honneurs, devinrent de véritables fonctionnaires ou officiers publics, et finirent par constituer des corporations ayant quelque analogie avec celle de notre barreau à la Cour de cassation ; les seconds, au contraire, dont le rôle de représentants et de mandataires des parties resta longtemps inconnu dans la procédure romaine, à raison du principe primitif et à peu près absolu, que *alieno nomine lege agere non licebat* (119), furent tout au plus considérés comme exerçant une profession sous les derniers empereurs (120). Sur les uns et

(117) Const. 1, *De primicer. et notar.*, C. Th., VI, 10 ; Constt. 1 et 2, *De primicer. et secundicer.*, C. Just., XII, 7 ; Const. 8, *Qui milit. poss.*, *eod.*, 34.

(118) Voy. MM. Zimmern, *Traité des act.*, trad. par M. L. Etienne, §§ CLIV et suiv., pp. 452 et suiv.; Bethmann-Hollweg, *Der röm. Civilprocess*, t. 2, § 100, pp. 423-424, 436, 443, et § 108, pp. 589-590 ; Walter, *op. cit.*, t. 2, §§ 781 à 787 ; Rudorff, t. 1, §§ 13, 17 ; Rein, *Dr. civ.*, pp. 877-881 ; Keller, *De la procédure civile et des actions chez les Romains*, traduit par M. Ch. Capmas, §§ LII et suiv., pp. 233 et suiv., Paris, 1870 ; Willems, *op. cit.*, 3e éd., pp. 349 et suiv. ; 4e éd., pp. 341 et suiv., et fin. Voir aussi les auteurs cités notes 121 et 146, *infra*.

(119) Voy. *infra*, 2e *Des avoués*, *in initio*, p. 657, texte et note 147.

(120) Comme on le voit, les avocats et les représentants judiciaires étaient loin d'être confondus à Rome. A ce sujet, il convient de rappeler un trait piquant, dû à par Pasquier (*Les recherches de la France*, liv. IV, chap. XXVII, éd. in-fo de Paris, 1665, fo 373 C), contre l'avocat général Baptiste du Mesnil « personnage de singulière recommandation », qui, le premier, en l'an 1557, dédaignant l'ancienne tradition, ouvrit le Parlement par un discours d'apparat. Pasquier avait assisté à l'audience solennelle et il écrivit à ce propos : « Il me souvient qu'il nous entretint une demie matinée de quelques passages d'Asconius Pedianus, pour monstrer la différence qu'il y avoit dans Rome entre l'Advocat, et le Procureur. » (Voy. le discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Paris, le 4 novembre 1878, par M. l'avocat général Fourchy : « *La rentrée au Parlement de Paris* », p. 9 de la brochure, texte et notes.)

sur les autres, nous nous montrerons d'une sobriété d'autant plus grande, que la réserve est en quelque sorte commandée par la connaissance que l'on a du sujet.

1° *Des avocats* (121). — Parmi les personnes qui assistaient les parties en justice, on a distingué de tout temps (122) à Rome deux catégories :

D'une part, les *advocati* (123), *jurisperiti*, ou *jurisconsulti*, appelés aussi par la suite *pragmatici* (124), qui donnaient des *consultationes* juridiques (*adhiberi in consilia, respondere de jure*), et de qui émanait la *juris scientia* ou *prudentia* (125);

D'autre part, les *causarum patroni, causidici, oratores*, ou avocats plaidants (*causam dicere*) (126), chez qui l'on rencontrait l'*eloquentia*.

L'une des deux professions n'était cependant pas exclusive de l'autre (127).

Sous l'Empire, on distingua, comme sous la République, les

---

(121) Consulter sur eux : MM. Van Loo, *De advocato Romano*, Leiden, 1820; Maynz, *op. cit.*, t. 1, nos 135 et suiv., 196 et suiv., et 224; Benech, *Etudes sur les classiques latins appliqués au droit civil romain*, t. 1, pp. 231 et suiv., Paris, 1853; Grellet-Dumazeau, *Le barreau romain*, 2e éd., Paris, 1858; G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, Ve Advocatio; G. Verdalle, *Le barreau dans l'ant. rom.*, Bordeaux, 1873. Voy. aussi les auteurs cités à la note 118, *supra*. — Sur la question de savoir si la profession d'avocat existait chez les Grecs, voy.: Boucher d'Argis, *Hist. abrégée de l'ordre des avocats*, dans son éd. du livre de Biarnoy de Merville, *Règles pour former un avocat*, Paris, 1753, in-12, chap. III; MM. E. Egger, *Si les Athéniens ont connu la profession d'avocat*, dans ses *Mémoires de littérature ancienne*, pp. 355-358, Paris, Durand, 1862, in-8° (cette dissertation avait paru en brochure, grand in-8°, en 1860); Le Berquier, *Le barreau moderne*, p. 3, Paris, 1861; Mollot, *Règles de la profession d'avocat*, 2e éd., Paris, 1866, t. I, pp. 182 et suiv.; comp. M. E. Garsonnet, *Cours de Procédure*, 1re partie, p. 399 *sub fin.*, Paris, 1881. — Enfin, sur la différence entre l'avocat et le logographe grec, voy. M. V. Cucheval, *Etude sur les tribunaux athéniens et les plaidoyers civils de Démosthène*, pp. 54 à 71, Paris, Durand, 1863.

(122) Voy. Rudorff, dans Savigny's *Zeitschrift*, XIII, pp. 57-61.

(123) Cic., *Pro Mur.*, IV, 9; *Pro Cluent.*, XL, 110; *Pro P. Quinct.*, VIII, 31.

(124) Quintil., *Inst. orat.*, III, 6, §§ 58-59; XII, 3, §§ 3-4; *Scol. Juven.*, VIII, 123.

(125) Cic., *Top.*, XVII, 65-66; *De orat.*, I, 45, 198; III, 33, 134-135. — Voy., sur ce sujet, M. E. Machelard, *Observations sur les Responsa prudentium*, dans la *Rev. de législ. fr. et étr.*, 1870-1871, pp. 535-560.

(126) Cic., *Top.*, *loc. cit.*; *De orat.*, III, 33, 134-135; *De off.*, II, 14, 49-51; *Pro Cluent.*, XL, 110; Ps. Ascon., *In divin.*, p. 104 Orelli.

(127) Quintil., *Inst. orat.*, XII, 3.

jurisperiti, ou avocats consultants, des *patroni*, ou avocats plaidants, auxquels passa, depuis cette époque, la dénomination d'*advocati* (128).

Après avoir dit que la profession d'avocat fut toujours en très-grand honneur à Rome (129), et que, sous la République, elle fut, entre les mains des personnes riches qui l'exerçaient, un puissant moyen d'influence pour arriver aux fonctions publiques, alors électives, nous rappellerons que les avocats, dont l'intervention fut d'abord essentiellement gratuite, finirent, à la suite de bien des péripéties à cet égard, sur lesquelles nous n'avons point ici à revenir, par prendre l'habitude de ne plus exercer sans se faire rémunérer (130). Ces rémunérations, qu'ils furent autorisés à recevoir de leurs clients, prirent le nom d'honoraires (131), terme qui indique toute la considération encore accordée aux services qui leur étaient ainsi payés (132). Il y a plus : au Bas-Empire, leur

(128) Tacit., *Ann.*, XI, 5-6 ; *De orat.*, I. On rencontre très-fréquemment aussi la dénomination *togati* dans les textes du Bas-Empire. (Voy. C. Just., II, 7 et 8, *passim*.) — Voy. aussi, sur les avocats sous l'Empire, outre le *De oratoribus* de Tacite, *passim :* Boucher d'Argis, *op. cit.*, chap. IV ; MM. Mollot, *op. cit.*, t. I, pp. 185 et suiv., et Liouville, *De la profession d'avocat*, 4e éd., Paris, Cosse, Marchal et Ce, 1859, p. 209, les renvois de la note.

(129) Orelli, n° 2352, et note 1 *ad h. inscr.*

(130) Si telle était la coutume générale, le désintéressement de quelques-uns y apportait du moins d'honorables exceptions. Et Lampride (*Alex. Sev.*, 44) rapporte à ce sujet qu'Alexandre Sévère « ... *in provinciis oratoribus forensibus multa detulit, plerisque etiam annonas dedit, quos constitisset gratis agere.* »

(131) Constt. 3 et 5, *De postul.*, C. Just., II, 6.

(132) Voir ce que nous avons dit plus haut, au sujet de ces honoraires, chap. I, § 2, note 142 β, pp. 348 *sub fin.* et suiv. — Une autre preuve de la considération dont fut toujours entourée la profession d'avocat, peut être tirée du fait de l'incompatibilité de ces fonctions avec l'exercice d'emplois subalternes, et, en général, avec toute condition sociale inférieure. (Const. 30 § 1, *De cohortal.*, C. Th., VIII, 4 ; Constt. 11 § 1, et 17 pr., *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7.) Comp. aussi le début du passage de Lampride cité note 130, *supra.* — Une comparaison assez curieuse, au point de vue de l'incompatibilité que nous venons de signaler, peut être faite entre le droit romain et notre ancien droit. Au milieu du XVIIIe siècle, en 1749, les avocats de Saint-Quentin s'étant avisés « que monter la garde et faire le service des hommes d'armes, était chose bien dure », et ayant découvert « qu'en février 1350 le roi Jean..., confirmant les lettres du roi Philippe, avait rendu une ordonnance qui dispensait du service militaire les notaires, les avocats et médecins, sans leur imposer même la charge de s'y faire remplacer », rédigèrent aussitôt une requête qu'ils adressèrent *A Monseigneur d'Aguesseau, chancelier de France.* Or, ils se fondèrent sur ce que les *officia vilia* ne doivent pas être remplis par les avocats. « C'est sur ce principe », ajoutaient-ils, « que Tira-

passage au barreau, lorsqu'ils venaient à le quitter, leur assurait le libre accès de nombreuses et d'éminentes dignités (133).

Dans les derniers siècles de l'Empire, les *advocati* formèrent une corporation spéciale, mise au nombre même des milices (134), dont elle reproduit les caractères généraux. C'est ce qui résulte de diverses Constitutions du Code de Justinien (135), dues à Arcadius, Honorius, Théodose, Valentinien, Marcien, Léon, Anthémius, Zénon, Anastase, Justin et Justinien. Le barreau de chaque juridiction, appelé tantôt *corpus* (136), tantôt *consortium* (137), tantôt encore *collegium* (138), et enfin *ordo* par Justin (139), est limité à un nombre déterminé de titulaires, *statuti* (140), inscrits sur un rôle ou tableau, *matricula fori* (141), dans chaque ressort ou siège judiciaire, et jouissant d'un monopole. On y remarque, comme partout à cette époque, une hiérarchie fondée sur l'an-

---

queau décide, dans son *Traité de la noblesse*, que la profession d'avocat est incompatible avec celles de procureurs et de notaires ; ils ne peuvent pas non plus être nommés collecteurs ; en voici les termes : *advocati nobiles dicuntur; exercent enim actum nobilem..... item cum officium notariorum et procuratorum sit vile, neutrum debent exercere advocati; neque etiam debent assumi ad eorum officium quos nunc collectores vocant, ea videlicet ratione, quoniam non debent vilia ministeria exercere in vilipendium togæ...* » (Voy. M. Ch. Desmaze, *Les Avocats et les Sages-Femmes de Saint-Quentin en Vermandois* (*1749*), dans la *Gaz. des Trib.* du 6 juin 1879, p. 545, coll. 1 et suiv.)

(133) Const. 8, *De advocat. divers. judicior.*, C. Just., II, 7 ; Constt. 1, 3 et 4, *passim*, *De advocat. divers. judic.*, *eod.*, 8. Voir aussi Orelli, *loc. cit.* note 129, *supra*.

(134) *Forensium stipendiorum agere militiam :* Const. 1, *De defensor. civit.*, C. Th., I, 29 (?). — Voy. chap. I, § 3, texte et note 13, et chap. II, § 1, texte et note 13, pp. 373 et 433.

(135) Consulter, à cet égard, les deux titres *De advocatis diversorum judiciorum* et *De advocatis diversorum judicum*, au C. Just., II, 7 et 8.

(136) *Corpus togatorum :* Const. 3, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just.

(137) *Togatorum consortium :* Const. 15, *De episcop. audient.*, C. Just., I, 4 ; Const. 8, *De postul.*, *eod.*, II, 6 ; *consortium advocatorum* : Constt. 8 et 11 § 1. *De advoc. div. judicior.*, C. Just.

(138) *Togatorum collegium :* Const. 7 pr., *De advoc. divers. judic.*, C. Just.

(139) Const. 7 §§ 3 et 5, *De advoc. divers. judic.*, C. Just.

(140) Constt. 8, 11, 13 et 17, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just. ; Constt. 5-7 *passim*, *De advoc. divers. judic.*, *eod.* Ce nombre varie de trente, que nous trouvons attachés au siège d'un *præses* (Const. 5 pr., *De advoc. divers. judic.*, C. Just.), à cent cinquante, qu'on voit attachés à la préfecture du prétoire. (Const. 8, *De advocat. divers. judicior.*, C. Just.)

(141) Const. 13, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just. Cf. *matriculæ advocatorum :* Const. 14 § 2, *De assessor.*, *eod.*, I, 51, et Const. 9, *De advoc. divers. judic.*, etc.

cienneté (142), et une discipline appliquée par le droit de suspension et d'interdiction (143). L'admission d'un nouveau titulaire n'y est faite qu'après la constatation d'une certaine connaissance juridique (144), et ordinairement à la suite d'un stage, au cours duquel on n'est que *supernumerarius* (145).

Nous verrons, dans notre second appendice, que les fils de famille avocats, comme ceux qui étaient titulaires des milices palatines, reçurent le privilège de posséder un pécule *quasi castrense*

Faisons, en dernier lieu, observer que, dans un très-grand nombre de Constitutions du Code, auxquelles nous renvoyons, et qui consacrent la transformation du barreau romain, telle qu'elle vient d'être sommairement décrite, les Empereurs semblent prendre à tâche de mettre en relief que cette organisation nouvelle fut accordée aux avocats sur leur demande et à titre de faveur. — Nous croyons, quant à nous, que quiconque voudra rechercher l'esprit qui a dicté ces diverses réformes, trouvera sans peine que deux courants d'idées tout à fait opposées y ont présidé. Que la faveur s'y soit fait jour dans une certaine mesure, cela ne nous semble pas

---

(142) Constt. 7 § 1, et 8, *De advoc. divers. judic.*, C. Just.

(143) Const. 4, *De postul.*, C. Th., II, 10 ; Novell. Valentin. III, tit. XXXIV § 2 ; Const. 14 § 2, *De assessor.*, C. Just., I, 51; Constt. 5 et 7, *De postul.*, *eod.*, II, 6 ; Const. 9, *De advoc. divers. judic.*, *eod.* — Le pouvoir disciplinaire était exercé par l'autorité judiciaire à laquelle l'avocat était attaché. (Symmach., *Epist.*, X, 43 ; Const. 18, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just. ; Const. 3 § 6, *De advoc. divers. judic.*, *eod.*) Outre que cette action disciplinaire permettait, comme il vient d'être dit, d'interdire l'avocat pendant un temps déterminé, et même de l'exclure ou de le rayer du tableau, elle permettait aussi de lui infliger des amendes. (Const. 9, *De jurisdict.*, C. Th., II, 1 ; Const. 13 § 9, *De judiciis*, C. Just., III, 1 ; Const. 12, *De except.*, *eod.*, VIII, 36.)

(144) Const. 11 § 1, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just. ; Constt. 3 § 4, et 5 §§ 4 et 5, *De advoc. div. judic.*, *eod.*

(145) Const. 11 § 1 précitée, et Const. 13, *eod. tit.* — Il faut rappeler toutefois, d'un côté, que, depuis une Constitution de 468, émanée de Léon et d'Anthémius, la profession d'avocat ne fut plus accessible qu'aux catholiques, tandis qu'auparavant on y admettait les juifs (voy. *supra*, chap. II, § 2, note 129, p. 479), et, d'un autre côté, que, si l'inscription au tableau ne se faisait qu'après un stage préalable et suivant la date de la réception, il existait néanmoins un droit de préférence pour les fils d'avocats inscrits. (Voy. *supra*, chap. II, § 2, p. 452.) Ajoutons que l'on prenait rang dans l'ordre du jour de l'inscription, et que l'on cheminait ainsi par voie d'ancienneté à travers les différents grades (voy. les renvois de la note 142, *supra*), jusqu'à ce que l'on fût parvenu au plus élevé, celui de *primas*, dignité qui conférait de grands avantages, qu'il ne serait pas à propos d'étudier ici.

douteux, mais, à coup sûr, il est bien des points de toute cette réglementation qui ont dû être inspirés par la crainte de voir les avocats, si on les eût laissés à l'écart de la hiérarchie officielle, devenir des personnages influents et puissants par leur crédit auprès de leurs clients et créer de la sorte des embarras au despotisme impérial. Ces craintes, d'ailleurs, ne se sont-elles pas traduites dans les lois des Empereurs, et en 287, puis en 407, Dioclétien et Maximien, d'une part, Arcadius, Honorius et Théodose, de l'autre, ne les ont-ils pas trahies, en édictant : « *Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare, vel actiones in se transferre* » ? (C. Just., II, 14, rubr.)

2° *Des avoués* (146). — Gaius, Ulpien et Justinien nous apprennent qu'aussi longtemps que resta en vigueur la procédure primitive des *legis actiones*, il fut interdit d'agir en justice au nom d'autrui (147). Ce principe, qui n'admettait que de rares exceptions (148), et qui était également en vigueur dans la législation athénienne, paraît-il (149), offrait de graves inconvénients dans la pratique, un grand nombre de raisons fort plausibles, comme l'âge, la maladie, une absence nécessaire et autres obstacles de force majeure, pouvant empêcher tout citoyen de vaquer lui-même à ses affaires et de faire valoir personellement ses droits en justice (150). Aussi disparut-il avec le règne des actions de la loi, et fut-il remplacé,

---

(146) Voy. sur la matière : Gaius, IV, 82-87 ; Paul., *Sentent.*, 1, 2 et 3 ; *Fr. Vatic.*, §§ 317-341 ; C. Th., *De cognit. et procurat.*, II, 12 ; Dig., *De procurat. et defensor.*, III, 3 ; C. Just., *De procurat.*, II, 13 ; Inst., *De iis per quos agere poss.*, IV, 10. Voy. aussi Io. D. Ritter, *De cognitoribus*, Lips., 1735 ; C. Drewcke, *De cognitoribus et procuratoribus in rem alienam constitutis Gaji et Ulpiani temporibus*, Halle, 1857 ; Bethmann-Hollweg, *Ueber die Repräsentation im Processe*, dans ses *Versuche*, pp. 138-249 ; M. Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances en dr. rom.*, pp. 273 et suiv. Voir également les auteurs cités note 118, *supra*.

(147) Gaius, IV, 82. — L. 123 pr., *De div. reg. jur.*, D., L, 17. — Inst., *loc. cit.*, pr. Voy. *supra*, p. 652 *sub fin*.

(148) Voy. sur elles Keller, *op. cit.*, § LIV, pp. 240 et suiv., et Rudorff, II, § 26.

(149) Voy. M. L. Theureau, *Etude sur l'abolition de la vénalité des offices*, p. 131. Voir aussi dans cet auteur, *eod.*, l'appréciation du chancelier de L'Hospital à ce sujet.

(150) Auct. *Ad Herenn.*, II, 13,20 ; L. 1 § 2, fr. Ulp., *De procurat. et defensor.*, D. ; Inst., *loc. cit.*, pr.

sous le système formulaire, par la règle diamétralement inverse que l'on pouvait agir *alieno nomine*, c'est-à-dire se faire représenter soit comme demandeur (*agere*), soit comme défendeur (*actionem excipere*).

La représentation en justice des personnes capables, qui se traduisait et s'annonçait matériellement dans la rédaction même de la formule par la mise de la *condemnatio* au nom du représentant, l'*intentio* étant d'ailleurs au nom du représenté quand il devait figurer (151), pouvait avoir lieu soit par *cognitor* (*cognitorio nomine*), soit par *procurator* (*procuratorio nomine*) (152). Ces deux genres de représentation différaient l'un de l'autre en plusieurs points fort importants, dont voici les deux principaux :

1° Le mode de constitution n'était pas le même. Tandis que le *cognitor* était constitué en termes solennels (*certis verbis*) (153)

(151) Gaius, IV, 55, 86, 87; II, 39; Theoph., *Ad* § 2 *Inst.*, *loc. cit.*; L. 7 pr., ff Ulp., *De op. nov. nunciat.*, D., XXXIX, 1; Const. 9, *De procurat.*, C. Just.; Const. 1. *De sentent. et interloc.*, *eod.*, VII, 45. Ce dernier texte nous montre que la *condemnatio* ou la sentence était nulle, quand elle était conçue au nom du mandant.

(152) Il semblerait résulter d'un passage de Cicéron (*Pro. Q. Rosc. Com.*, 18) que, de son temps encore, on ne pouvait agir *alieno nomine* que comme *cognitor*. (Cf. Auct. *Ad Herenn.*, II, 13.) C'est ce qu'on pourrait être tenté d'induire de ce qu'il oppose uniquement au fait de *per se litigare*, celui de *per cognitorem litigare*, et de ce qu'il dit même expressément (*eod.*) : « ... *alteri nemo potest* (*petere*), *nisi qui cognitor ex factus.* » Toutefois, on ne saurait s'emparer avec certitude de ce texte pour en tirer la conséquence indiquée, par cette raison que Cicéron fait ailleurs lui-même mention de *procuratores* pour le défendeur (*Pro P. Quinct.*, VI, 27; VII, 29; XIX et suiv.; *Ad Att.*, XVI, 15, 2), comme aussi, pour le demandeur, du *voluntarius procurator ad agendum* (*Brutus*, IV, 17), et même de la *cautio amplius eo nomine neminem cujus petitio sit, petiturum* (*eod.*, V, 18), ou plus tard *satisdatio ratam rem dominum habiturum*. (Keller, *op. cit.*, p. 254 *in init.*, texte et note 673.) Voy. J. Bekker, *Die processualische Consumtion im classischen römisch. Recht*, Berlin, 1853, p. 144. Il est, au reste, certain que l'édit relatif aux *cognitores* était plus ancien (voy. la première différence indiquée ci-après, et note 156, *infra*), et que les dispositions concernant les *procuratores*, qui, le plus souvent, transportaient à ces derniers les principes antérieurement établis pour les autres, sont d'une date plus récente. (Voy. *Fr. Vatic.*, §§ 322 et 341. — Consulter, sur tout ceci, Keller, *op. cit.*, notes 618a et 636.) Quoi qu'il en soit, les textes de l'époque classique nous parlent des *cognitores* et des *procuratores*, et ceux-ci subsistèrent seuls dans le dernier état du droit, les deux institutions s'étant fondues en une seule. (Voy. note 156 *in fine*, *infra*, et p. 662.)

(153) Gaius, IV, 83 et 97. On se montrait cependant ici moins rigoureux que dans les actions de la loi, nous dit Ulpien (*Fr. Vatic.*, § 318 ; cf. Gaius, IV, 11), et Paul (*Fr. Vatic.*, § 319) ajoute qu'on pouvait se servir d'une formule grecque. Cela nous explique pourquoi Gaius dit au § 97 : *certis et* QUASI SOLLEMNIBUS *verbis*. Toutefois

en présence de l'adversaire (154), il n'y avait point de paroles consacrées pour constituer le *procurator;* un simple mandat suffisait ici, et il pouvait être donné en l'absence et à l'insu de l'adversaire. Gaius ajoute même que, d'après l'opinion de certains auteurs, on pouvait considérer comme *procurator* celui qui n'avait point de mandat, un *negotiorum gestor*, à la double condition qu'il intervînt de bonne foi, et qu'il fournît la *cautio ratam rem dominum habiturum* (155). Dans le droit de Justinien, on suit

---

cette quasi-solennité n'en imposait pas moins au *dominus* l'obligation d'être présent à la constitution du *cognitor*, ce qui devait être une gêne considérable et ce qui faisait même disparaître toute l'utilité pratique de ce mandat en le rendant impossible précisément dans le cas où il apparaissait comme étant le plus nécessaire, c'est-à-dire dans toutes les hypothèses d'absence. D'un autre côté, elle mettait également obstacle à ce que la constitution du *cognitor* pût être faite sous condition. (*Fr. Vatic.*, § 329 ; cf. L. 77, fr. Papin., *De divers. reg. jur.*, D., L, 17, en ayant soin de suppléer au début la négation *non* évidemment oubliée par erreur avant le verbe *accipiunt*.) Ces divers inconvénients amenèrent à recourir à une forme de représentation plus facile et plus libre, la *procuratio*. (Voy. Festus et Ps. Ascon., *locc. citt.* à la note suivante.)

(154) Gaius, IV, 83 ; Festus, lib. III, v° COGNITOR, éd. Panck., p. 95; Ps. Ascon., *In divin.*, p. 104 Orelli (§ 11). Il n'était pas nécessaire que le *cognitor* lui-même fût présent lors de la constitution ; mais, s'il était absent, il ne devenait *cognitor* qu'autant qu'il acceptait la mission dont la partie le chargeait. (Gaius, *ubi supra*. Cf. cependant Isid., *Diff.*, c. 123.) Ajoutons que c'est une question discutée par les interprètes, que celle de savoir si le mandat pouvait être donné au *cognitor* hors de la présence du magistrat, ou s'il devait l'être *in jure*. (Voy., pour la première opinion, M. Keller, *op. cit.*, p. 235, texte et note 614, et, pour la seconde: MM. Zimmern, *op. cit.*, § CLVII, p. 458, texte et note 10; Walter, *op. cit.*, t. 2, § 781 *in init.;* Maynz, *op. cit.*, t. 2, pp. 80 et 81 *in init.;* Ortolan, *op. cit.*, 10e éd., t. 3, n° 2230, p. 697; Gide, *op. cit.*, p. 281, I, et p. suiv., II *in init.*) Gaius ne dit rien d'exprès à cet égard; mais on peut tirer un puissant argument, en faveur de la seconde doctrine, de la définition que donne du *cognitor* l'*Interpretatio ad Const.* 7 C. Th., *De cognit. et procurat.*, II, 12, *ibiq.* Gothof. On lit, en effet, au début de cette *interpretatio* : « *Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam præsens præsente Judice litigator injungit.* »

(155) Gaius, IV, 84. Cf. L. 73, fr. Paul., *De fidej.*, D., XLVI, 1. — La fin du paragraphe de Gaius, telle qu'elle résulte de la lecture de M. Studemund, diffère notablement, dans sa teneur, de celle qui se trouve dans le *Novum Enchiridion* de M. Giraud, d'après lequel Gaius aurait écrit après les mots : *et caveat ratam rem dominum habiturum* : « *igitur, etsi non edat mandatum*, PLERUMQUE TAMEN ADMITTITUR, *quia sæpe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur.* » D'après la leçon de M. Studemund, au contraire, Gaius s'exprime ainsi : « *quamquam et ille, cui mandatum* (EST), *plerumque satisdare debet, quia*, etc... » — On finit par abandonner la doctrine indiquée au texte, et par établir en principe, et sauf quelques exceptions particulières, que le demandeur ne pourrait pas être représenté par quelqu'un dont le mandat ne serait pas constaté. (LL. 35 pr., et 40 § 4, fr. Ulp., *De procurat. et defensor.*, D., III, 3 ; LL. 6 § 12, fr. Julian., et 8 pr., fr. Ulp., *De negot.*

les règles autrefois admises pour la constitution du *procurator* (156).

2° La constitution de ces deux mandataires judiciaires n'avait pas le même effet ; de telle sorte que, lorsqu'ils coexistèrent à l'époque classique, la question de savoir en présence duquel des deux on se trouvait, était loin d'être indifférente. Le *cognitor*, agissant en vertu d'un mandat certain, ne formait qu'une seule et même personne avec le *dominus litis ;* c'était, dans toute la force du terme, un véritable représentant (157). Aussi n'apparaissait-il dans le litige que *domini loco* (158). Il résultait de là, d'abord, que c'était non pas au *cognitor*, mais bien au *dominus*, qu'incombait l'obligation de fournir les cautions qui pouvaient devenir nécessaires au cours du procès (159), et ensuite, que *l'actio judicati* appartenait au mandant ou devait être intentée contre lui (160). —

---

gest., *eod.*, 5 ; L. 5 § 4, fr. Paul., *De præscript. verb.*, *eod.*, XIX, 5 ; LL. 11 § 7, fr. Ulp., et 25 § 2, fr. Julian., *De except. rei judic.*, *eod.*, XLIV, 2 ; L. 3 § 3, fr. Ulp. *Judic. solvi*, *eod.*, XLVI, 7 ; Constt. 12 et 21, *De procurat.*, C. Just., II, 13.)

(156) Inst., *loc. cit.*, § 1. — Cette première différence, toute de procédure, implique bien que le *cognitor* est d'une origine plus ancienne que le *procurator* (voy. note 152, *supra*) ; car la solennité qu'on exigeait pour le constituer indique clairement une époque où l'on avait conservé encore des traces du formalisme rigoureux de l'ancien droit et des actions de la loi, tandis que la constitution plus dégagée d'entraves du *procurator* décèle évidemment une origine plus récente, et annonce une époque où la forme moins en honneur commençait à céder aux exigences des diverses situations dans lesquelles pouvaient se trouver les personnes qui avaient des droits à exercer ou à défendre. Quant à la survivance du *procurator* seul au temps de Justinien, elle répond à cette tendance bien connue, de soustraire, autant que possible, les actes juridiques aux formes et aux paroles sacramentelles dont on les avait primitivement entourés. Du reste, nous verrons plus loin (pp. 662 et suiv.) que les avantages que se vit par la suite octroyer la *procuratio* durent entraîner le disparition du *cognitor*.

(157) La *Lex municipalis Malacitana* nous apprend que par *cognitores*, on désignait aussi des experts (capp. LXIV et LXV ; *Nov. Enchirid.*, pp. 635 *in fine* et suiv.) ou, d'une façon plus littérale, les personnes que notre Code civil (art. 825) qualifie de *gens à ce connaissant*.

(158) Gaius, IV, 97 et 98 *in fine*.

(159) Gaius, IV, 101 ; *Fr. Vatic.*, § 317.

(160) *Fr. Vatic.*, § 317. Il est bien entendu, ainsi que le fait remarquer ce §, qu'il faut dérober à ce principe le cas où le *cognitor* aurait été constitué *in rem suam*. D'ailleurs, en pareille hypothèse, on n'est pas réellement en présence d'un mandataire, puisqu'ici la partie intéressée n'est plus le *dominus*, mais bien son prétendu représentant.

Au contraire, le *procurator* agissant sans mandat formel et certain *ab initio*, et pouvant même n'être qu'un *negotiorum gestor*, sous les deux conditions ci-dessus indiquées, devenait lui-même *dominus litis* par l'effet de la *litis contestatio* (161). Aussi bien, était-ce à lui de fournir les cautions nécessaires dans la procédure (162), et était-ce en principe à lui et contre lui, en vertu de l'Edit perpétuel, qu'était donnée l'*actio judicati* (163). Ajoutons enfin que le *procurator*, à moins d'être un *procurator in rem suam*, devait rendre compte au *dominus* (164).

Si l'on combine ensemble ces deux différences, on voit que, si, d'une part, la forme de la constitution du *procurator* était simplifiée, du moins les effets de la représentation (165) étaient loin

---

(161) L. 11 pr., fr. Neratius, *De dol. mal. et met. except.*, D., XLIV, 4; L. 4 § 5, fr. Macer, *De appellat. et relation.*, *eod.*, XLIX, 1; Constt. 8, 22 et 23, *De procurat.*, C. Just., II, 13.

(162) Nous faisons ici spécialement allusion, d'abord à la *cautio judicatum solvi*, due par tout défendeur à une *actio in rem*, plaidant *proprio* ou *alieno nomine* (Gaius, IV, 89, 90, 91 et 94; Inst., *De sastidat.*, IV, 11, pr.; cf. § 2, Inst., *eod.*, pour le défendeur *suo nomine* à une action réelle ou personnelle, dans le droit de Justinien), et par tout défendeur à une *actio in personam* plaidant *alieno nomine* (Gaius, IV, 101; *Fr. Vatic.*, § 317; L. 5 § 20, fr. Ulp., *De op. nov. nunciat.*, D., XXXIX, 1; L. 36, fr. Julian., *De injur.*, *eod.*, XLVII, 10; Inst., *ubi supra*, § 1. Cf. le titre *Judicatum solvi*, D, XLVI, 7), puis à la *cautio ratam rem dominum habiturum*, que le défendeur, en raison du défaut d'authenticité du mandat, était autorisé à exiger du *procurator*, quand il se présentait comme demandeur, afin d'être à l'abri d'un nouveau procès que le véritable *dominus* aurait pu lui susciter du même chef. (Gaius, IV, 98; *Veteris cujusd. jurisc. consultatio*, III, 1, 6 et seqq.; LL. 5 §§ 18 et 20, fr. Ulp.; 6, fr. Julian.; 7 pr., fr. Ulp.; 13 pr., fr. Julian., *De op. nov. nunciat.*, D.; Inst., *loc. sup. cit.*, pr. et § 1.) Ajoutons que la *cautio de rato* devait être aussi, dans certains cas, fournie par le *procurator* qui se présentait pour le défendeur. (On en trouvera des exemples dans les textes suivants : *Fr. Vatic.*, § 340; LL. 39 § 6, et 40 § 2, fr. Ulp., *De procurat. et defensor.*, D., III, 3; L. 6, fr. Hermogen., *Ratam rem haberi*, *eod.*, XLVI, 8.)

(163) *Fr. Vatic.*, §§ 317 *in fine* et 332; Const. 1, *De sentent. et interloc.*, C. Just., VII, 45.

(164) A supposer que le *procurator* ne fût pas *in rem suam*, le véritable intéressé pouvait toujours demander que l'action fût transférée à son nom, ce qu'il n'obtenait d'ailleurs que *causa cognita*, et ce qui donnait lieu à une *translatio judicii*. (LL. 17 pr., 25, fr. Ulp., et 64, fr. Modest., *De procurat. et defensor.*, D., III, 3.)

(165) Faute d'en avoir découvert un meilleur, nous employons ce terme d'une manière très-générale et qui n'est pas toujours technique. Il manque notamment d'exactitude en ce qui concerne le *procurator*, qui n'est pas, à proprement parler, un représentant, du moins dans l'état des choses primitif. Ce qui prouve bien que le *procurator* ne s'identifiait pas originairement avec le *dominus*, c'est la raison même

d'être aussi directs et aussi absolus que lorsqu'on avait pris le *cognitor* pour représentant, ce qui diminuait d'autant les avantages de la *procuratio* ; cela nous explique en même temps la survivance du *cognitor* après l'apparition du *procurator*.

On chercha donc, tout en les lui maintenant, à lui appliquer dans la mesure du possible, les conséquences de l'ancien système en ce qu'elles présentaient de plus satisfaisant. Ce progrès œuvre de la jurisprudence, qui ne dut pas être sans influence sur la disparition du *cognitor*, fut tout naturellement réalisé, d'abord à l'égard de tout *procurator* investi d'un mandat certain, c'est-à-dire de tout *procurator præsentis* ou *apud acta constitutus* (166). Ici, les jurisconsultes finirent par admettre que l'effet d'une semblable *procuratio* serait le même que s'il y avait eu constitution d'un *cognitor* (167), en d'autres termes, que le *dominus* serait pleinement représenté. Par la suite, on mit sur la même ligne celui

---

sur laquelle les textes assoient le fondement de la *satisdatio ratam rem haberi*. (Voy. note 162, *supra*.)

(166) Ces expressions furent, à l'origine, pleinement synonymes. Car, primitivement, la déclaration écrite du *dominus litis* était déposée au greffe du tribunal; dès lors, ce dépôt étant fait *in jure* par le *dominus* en personne, tout *procurator* constitué *apud acta* était, par là même, un *procurator præsentis*. (*Fr. Vatic.*, § 317.) Mais, comme dans la suite le dépôt dont il est question put avoir lieu en l'absence du *dominus* litis et du magistrat, les textes de date plus récente distinguent le *procurator præsentis* et le *procurator apud acta*. (Comp. à cet égard la Const. unic., *De satisd.*, C. Just., II, 57, et le § 3, *De satisdat.*, Inst., IV, 11.)

(167) *Fr. Vatic.*, §§ 317 *in init.*, et 331. Il faut, toutefois, noter ici que, si, sans doute, le *procurator præsentis* ou *apud acta constitutus*, qui se présentait pour le demandeur, était déchargé de la *satisdatio ratam rem haberi* (*Fr. Vatic.*, §§ 317 et 333; Const. 1, *De procurat.*, C. Just., II, 13, texte d'ailleurs interpolé [voy. Bethmann-Hollweg, *Versuche*, p. 192, et M. Gide, *op. cit.*, p. 285, note 3]; Const. unic., *De satisd.*, *eod.*, 57), cependant, en vertu d'une Constitution de Sévère, à laquelle font allusion les *Fragmenta Vaticana* (§ 317), le *procurator* qui intervenait *ad defendendum*, eût-il été constitué *apud acta*, n'obtenait pas remise de la *satisdatio judicatum solvi*, tant elle paraissait alors nécessaire. (Comp. L. 21, fr. Ulp., *Ratam rem haberi*, D., XLVI, 8, et Inst., *De satisdat.*, IV, 11, § 1.) Remarquons en outre que, lorsque l'égalité eut été établie entre le *procurator* avec mandat certain et le *cognitor*, il subsista néanmoins toujours une différence entre l'action intentée par celui-ci, et celle intentée par celui-là; car, dans le premier cas, le droit du représenté était éteint *ipso jure*, tandis que, dans le second, il ne l'était que *exceptionis ope*, de telle sorte que le *dominus* était toujours maître d'intenter à nouveau l'action, sauf à se voir repoussé par une *exceptio doli*, ou par l'*exceptio rei judicatæ*. (*Fr. Vatic.*, *eod.*

qui était porteur d'une procuration non suspecte, et l'assimilation devint si étendue, qu'on voit Ulpien l'appliquer même au *negotiorum gestor* dont la gestion avait été ratifiée après coup (168) ; de telle sorte que, dans le dernier état du droit, dans tous les cas où il existait un véritable mandat, les cautions particulières disparurent (169), et que l'*actio judicati* fut donnée directement tant au véritable *dominus* que contre lui (170). La *procuratio* ayant ainsi acquis la même efficacité que la forme primitive, cette dernière s'anéantit entièrement, et, sous Justinien, les *cognitores* ayant cédé le pas aux *procuratores*, la dualité du droit classique avait définitivement fait place à l'unité primitive de la représentation judiciaire (171). Du jour ou fut consommée l'assimilation dont

---

(168) L. 56, *De judic.*, D., V, 1.

(169) Sous Justinien, le *procurator* qui plaide comme demandeur n'est assujetti à l'obligation de fournir la satisdation *ratam rem dominum hobiturum* que s'il n'y a pas de mandat authentique, *si non mandatum actis insinuatum est*, ou que si le *dominus litis* ne se présente pas en personne devant le juge, pour confirmer la constitution de son *procurator*. (Inst., *De satisdat.*, IV, 11, § 3.) Si maintenant une personne est assignée, et qu'étant présente, elle veuille constituer un *procurator*, elle peut venir en justice, et confirmer son *procurator* en donnant pour lui la *cautio judicatum solvi* au moyen d'une promesse solennelle, ou bien fournir extrajudiciairement une satisdation, de manière à devenir elle-même fidéjusseur de son *procurator* pour toutes les clauses de la *cautio judicatum solvi*, et Ulpien nous apprend qu'elles étaient au nombre de trois : *de re judicata, de re defendenda, de dolo malo*. (L. 6, *Judic. solvi*, D., XLVI, 7.) Cette personne doit, de plus, hypothéquer ses biens, et enfin donner caution qu'elle comparaîtra lors de la prononciation de la sentence, faute de quoi, son fidéjusseur paiera le montant de la condamnation, sauf en cas d'appel. (Inst., *ubi supra*, § 4.) Que si le défendeur n'est pas présent, et qu'un tiers veuille bien prendre sa défense, il le pourra, en se soumettant à la *satisdatio judicatum solvi*, que l'action soit réelle ou personnelle (*eod.*, § 5). En résumé, donc, sous Justinien, le *procurator præsentis* n'est pas obligé de donner caution ; le *procurator absentis* n'y est pas astreint autrement que le *dominus*, lorsqu'il est nanti d'un mandat constaté publiquement ; le simple *negotiorum gestor* qui se présente sans mandat, et qui est techniquement nommé *defensor*, parce que son intervention n'a naturellement lieu que pour défendre une personne attaquée durant son absence, est seul tenu de fournir les cautions *de rato* et *judicatum solvi*; encore peut-il faire ratifier après coup sa gestion : il est alors réputé avoir représenté le maître, et c'est pour ou contre celui-ci que se donne l'*actio judicati* ou l'*exceptio rei judicatæ*.

(170) *Fr. Vatic.*, § 331 ; L. 4 pr., fr. Ulp., *De re judic.*, D., XLII, 1. Nous partageons entièrement, sur ce dernier fragment, l'opinion de M. Demangeat (*Cours élém. de dr. rom.*, 2e éd., t. 2, p. 660, 2e), et nous ne croyons pas qu'il ait subi de retouche de la part des commissaires de Justinien. (Comp. la note suivante.) *Junge* L. 86, fr. Paul., *De solut.*, *eod.*, XLVI, 3.

(171) Inst., *De iis per quos agere poss.*, IV, 10, § 1. Tel est le motif pour lequel les

nous parlons, on distingua entre celui qui était muni d'un pouvoir bien certain, bien authentique, et celui qui se présentait pour autrui sans être porteur d'une procuration, c'est-à-dire, pour parler le langage classique, entre le *procurator præsentis* et le *procurator absentis* (172). Ce dernier continua de rester soumis aux cautions *judicatum solvi* et *de rato* (voy. note 162, *supra*), et, en général, aux anciennes règles relatives à la *procuratio* (173).

Que si, maintenant, on se demande en quoi se séparaient, dans la procédure Romaine, les *cognitores* et les *procuratores* de nos avoués actuels, nous répondrons que trois différences notables existaient entre les uns et les autres :

1° La plus apparente, celle que les détails précédents ont déjà mise en relief, c'est que la constitution d'un *cognitor* ou d'un *procurator*, à Rome, influait sur le fond même du droit, dans lequel elle venait, pour ainsi dire, s'imprimer ; en un mot, la représentation, telle que l'établissait le droit Romain, réagissait jusque sur le droit mis en action, qu'elle pénétrait et imprégnait en quelque sorte, tandis que, chez nous, le rôle de l'avoué se réduit à une intervention purement extérieure, toute de procédure et de forme.

2° A un autre point de vue non moins essentiel, les représentants judiciaires Romains doivent être soigneusement distingués de ceux que nous possédons, en ce que, tandis que le ministère de ces derniers est imposé dans l'immense majorité des cas, celui de leurs ancêtres n'a jamais cessé d'être volontaire, et n'est devenu forcé à aucune époque.

---

compilateurs du Digeste ont pris soin de substituer régulièrement les mots *procurator* ou *verus procurator* au terme *cognitor*, qui se trouvait dans les textes originaux (Voy. MM. Keller, *Ueber Litis Contestation und Urtheil*, pp. 325-329, Zurich, 1827; Mühlenbruch, *Die Lehre v. d. Cession*, p. 70; Bethmann-Hollweg, *Versuche*, pp. 205-206; Gide, *op. cit.*, p. 286, note 2.)

(172) Paul., *Sentent.*, I, 3, 1; *Fr. Vatic.*, §§ 317, 331, 332, 333; *Veteris cujusdam jurisc. consultatio*, III, 1 et seqq., 6 et seqq.; Const. 7, *De cognit. et procurat.*, C. Th. II, 12; L. 65, fr. Modestin., *De procurat. et defensor.*, D., III, 3; L. 79, fr. Ulp., *De verb. oblig.*, *eod.*, XLV, 1; Const. unic., *De satisd.*, C. Just., II, 57; Inst., *De satisdat.*, IV, 11, §§ 3, 4 et 5. (Voy. *supra*, note 169.)

(173) *Fr. Vatic.*, §§ 332 et 333; Const. unic., *De satisd.*, C. Just., II. 57; Instit., *De satisdat.*, IV, 11, §§ 3, 4 et 5. (Voy. *supra*, note 169.)

3° Enfin, ce qui ne mérite pas moins d'être relevé, milieu de toutes les transformations qu'ils subirent, taires des parties en justice, si on les envisage en furent en aucun temps revêtus d'un caractère public. toujours la même nature à cet égard, ils ne cessèrent voir être considérés, de même que les *procuratores a* comme des particuliers rendant gratuitement un bon service d'ami (174). Cela est à tel point vrai, que l'idé dat se retrouve dans plusieurs textes relatifs à la *pro lites* (175).

Toutefois, au déclin de l'ère impériale, il serait p rencontrer l'exercice d'une véritable profession dans le d'une certaine catégorie de *procuratores*, qui paraissent investis d'un mandat public et en quelque façon officiel juge. Nous voyons, en effet, dans une Constitution, l Zénon nous parler de *procuratores publici*, de *procur judicibus ministrant in litibus*, *qui apud magistratum* et défendre à la même personne de faire fonction de *p publicus* devant plusieurs juridictions, « *duorum ju unum eumdemque publicum procuratorem esse* », so pour tout *procurator* qui contreviendrait à ces pres d'être soumis à un châtiment corporel (« *plagis casti* et, ce qui est plus sérieux et plus digne du législateur, « *interdictus in posterum procuratoris officio fungi cio.* » (176)

Mais ce texte n'infirme en rien l'assertion que nous ve mettre. Car, pour l'ébranler, il faudrait que les parties, à du jour où fut instituée cette espèce de représentants asse n'aient pu s'adresser qu'à eux. Or, il n'est pas besoin

(174) L. 1 § 4, fr. Paul., *Mandati vel contra*, D., XVII, 1; Inst., *De* III, 26, § 13.

(175) Elle est exprimée notamment dans les Constt. 9 et 13, *De procura* II, 13.

(176) Const. 27, *De procurat.*, C. Just., II, 13.

pour démontrer l'inadmissibilité de cette doctrine. Nous pouvons donc affirmer, sans aucune hésitation, que, de tout temps, l'on pu choisir pour représentant une personne qui n'était revêtue d'aucun caractère public, sauf à reconnaître qu'une certaine classe de *procuratores*, non imposés au choix des plaideurs, fut instituée qui nous apparaît comme renfermant de véritables officiers publics.

III. — *Des huissiers.*

Il n'est pas douteux que le rôle de nos huissiers, comme celui de nos greffiers, exista auprès des magistrats romains, et qu'il fut également confié à quelques-uns de leurs officiers subalternes (*apparitores*, *officiales*, *cohortales*). Comme la nôtre, la législation romaine paraît avoir connu les huissiers audienciers et ceux qui étaient spécialement chargés de citer les parties en justice et d'exécuter les sentences du juge.

Le rôle des premiers était rempli par les *præcones* (177). Considéré d'une manière générale, le *præconium* désignait la fonction du crieur public (178), industrie purement privée, qui trouvait à s'exercer dans un grand nombre de circonstances (179). Nous n'envisageons ici que les *præcones* institués et payés par la cité. On les rencontre, dans l'administration de Rome, organisés en corporations auprès des fonctionnaires supérieurs (180).

---

(177) Voy. sur eux : P. Barral et A. Rich, *opp. citt.*, V° Præco ; Rein, *Præcones* dans la *Pauly's Real-Encycl.*, t. 5, p. 3; Mommsen, *Handb.*, t. 1, pp. 347 et suiv. Voy. aussi les auteurs cités note 18, *supra*.

(178) On trouvera dans l'*Ane d'or* d'Apulée, *passim*, beaucoup de détails sur le métier de crieur. Voy. aussi la piquante peinture tracée par Horace (*Sermon.*, I, 7, v. 46 et suiv.) du *præco* heureux de son sort.

(179) Ils avaient notamment pour mission d'annoncer publiquement les objets perdus (Plaut., *Merc.*, III, 4, 78; Petron., c. 97), et leur ministère était spécialement employé dans les *auctiones* faites par les particuliers. (Cic., *Pro Quinct.*, XV, 50; Horat., *De arte poet.*, v. 419; etc...) Comp. *infra*, note 181 *in fine*, et notre n° IV relatif aux commissaires-priseurs, pp. 671 et suiv.

(180) Parmi eux, les censeurs sont expressément mentionnés dans les documents (Varro, *De ling. lat.*, VI, 86; Tit. Liv., XXIX, 37, 8; Henzen, n° 6555. Cette inscription mentionne également les consuls et les préteurs, et elle nous apprend que les *præcones* formaient auprès de ces trois magistratures un *collegium* de trois décuries

Sans insister sur les attributions multiples qu daient (181), et pour ne les envisager que dans leur rôl judiciaire, si l'on peut ainsi dire, nous nous bornerons qu'en matière criminelle, c'était au *præco* que revenai

---

la première, *decuria consularis*, ou *Julia* [*ex. gr.*, Orelli, n° 4921], étai consuls, et plus tard à l'empereur.) On retrouve pareillement les *præco* édiles curules, où ils sont sous la direction de *decem primi* (Orelli, n°s auprès des *quæstores ærarii* (*Lex Cornel. de XX quæstor.*; Orelli, n° 21 VI, 1847), près desquels ils ne forment qu'une *decuria* (voy. Mommsen, p. 345, note 3, et *C. I. L.*, I, p. 110); auprès des tribuns de la plèbe (10, la seule inscription qui les mentionne expressément). Il est très-] existèrent encore auprès de bien d'autres magistratures urbaines; car, ds infime où se trouvait cette catégorie d'employés, que les inscriptions nou presque tous comme des affranchis ou comme des individus nés hors cependant Orelli, n° 3216), qui vivaient surtout de déconfitures et de faill *Bobb.*, *In orat. pro Planc.*, p. 259 Orelli), et qui, doués d'une très-] culture intellectuelle (Martial., *Epig.*, V, 56, 10), étaient méprisés d romaines (voy. *infra*, note 230) à ce point que la *lex Julia municipalis* ligibles aux charges honorifiques municipales ceux qui exerçaient ce lin. 94; cf. lin. 104; *in Nov. Enchirid.*, capp. VI et VII, pp. 621 et s *famil.*, VI, 18, 1), on n'est autorisé à tirer du silence des inscriptions a sion significative sur leur non existence. Ajoutons que les magistrats e possédèrent aussi ces subalternes. C'est ainsi que, sous la Républi Rullus les octroyer à ses *decemviri*. (Cic., *De leg. agrar.*, II, 13, 32.) fut-il pour les magistrats institués par Auguste (voy. pour les *curatores aquarum*, Frontin., *De aq.*, 100), et pour les gouverneurs de provinces. (T 29, 2; Cic., *In Verr.*, act. II, lib. II, 10, 27.)

(181) Nous signalerons simplement les suivantes : Primitivement, ils les heures du jour (Varro, *De ling. lat.*, VI, 5), mission qui, plus tard, a tion du cadran solaire, passa aux *accensi* (Varro, *eod.*, 89, et Plin., *Hi* 60, 212); — ils convoquaient les comices (Varro, *De ling. lat.*, VI, 91 et 9 Liv., XXIV, 8, 20), et les *conciones* (Festus, lib. III, V° CONCIO, éd. P Tit. Liv., I, 59, 7; IV, 32, 1; Varro, *De ling. lat.*, VI, 86); — ils commandai (*audientiam facere :* Auct. *Ad Herenn.*, IV, 55, 68; Tit. Liv., XLIII, 16, *tium* [*per præconem*] *facere :* Tit. Liv., VIII, 32, 2; c. 33, 2; XXIV, 7, 27, 1. *Junge*, pour le théâtre et le cirque : Plaut., *Pœn.*, prol., 11; *As* Suet., *Domitian.*, 9; cf. Dio Cass., LXIX, 6); — ils publiaient à haute vo *tiones* (*verba legis recitare populo* : Ascon., *In Cornel.*, p. 58 *in initio* O tarch., *Cat. min.*, 28, et Appian., *Bell. civ.*, I, 11; ce n'est que par abr dans ce dernier passage, la lecture à haute voix est attribuée au scribe; effet, *subicit*, mais *non recitat*. Voy. Ascon., *ubi supra*); — ils proclamai de chaque section particulière (Varro, *De ling. lat.*, VII, 42; *De re rust* Cic., *In Verr.*, act. II, lib. V, 15, 38; *De leg. agrar.*, II, 2, 4), comme le du scrutin (Cic., *De leg. agrar.*, II, 2, 4 *in fine; Pro Milone*, XXXV, 96; XII, 8, 6; Suet., *Domitian.*, 10; Apul., *Flor.*, I, 9, 30); — ils appelaient forum à la curie (Tit. Liv., I, 47, 8; III, 38, 8; Appian., *Bell. civ.*, I, 25; S 36; cf. Denys d'Halic., IX, 63, et XI, 4, et, sur ces deux passages, Mom *loc. citt.*, p. 349, note 3; plus tard, on se servit d'ordinaire de l'édit, pour

citer les parties (182) et leurs avocats (183), ainsi que les témoins (184) ; de proclamer la clôture des débats [*dixere*] (185) et ensuite le licenciement des jurés [*ilicet*] (186), enfin d'ordonner au bourreau de procéder à l'exécution (187). — Comme on le voit, si les fonctions des *præcones* avaient quelque analogie avec celles de nos huissiers audienciers, du moins ceux qui les remplissaient exerçaient-ils un ministère beaucoup plus varié.

Quant aux huissiers dont l'office particulier consistait à citer les parties en justice et à exécuter les sentences du juge, on les désigna d'abord sous la dénomination de *viatores*. Bien qu'à l'origine le *viator*, si on l'envisage d'une manière générale, soit identique au *lictor* (188), il doit cependant en être distingué. C'était avant tout un messager figurant au nombre des *apparitores* des magistrats (189), de telle sorte que ceux des fonctionnaires

---

nous parlons, et on ne convoquait par la voix du héraut que dans des cas particulièrement pressants) ; — ils proclamaient les obsèques publiques (voir un spécimen de cet usage dans la figure reproduite dans l'ouvrage de M. Rich, *loc. cit.*, et empruntée à un bas-relief romain), ou les solennités publiques, spectacles, fêtes et jeux (Suet., *Claud.*, 21), ainsi que le nom des vainqueurs (Cic., *Ad famil.*, V, 12, 8) ; — ils appelaient de la salle d'attente les personnes qui demandaient audience auprès du fonctionnaire (Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 79, 183) ; — ils faisaient sortir les esclaves du théâtre (Cic., *De haruspic. resp.*, XII, 26 ; cf. sur les fonctions postérieures des *præcones* au théâtre : Suet., *Nero*, 24, et Dio Cass., LXI, 20) ; — ils étaient aussi chargés de donner aux étrangers l'ordre de quitter Rome, comme cela arriva pour les Volsques, par exemple (Tit. Liv., II, 37, 8 ; plus tard, on eut recours à des affiches publiques) ; — ils coopéraient encore à toutes les *auctiones* publiques, faites à la suite d'une confiscation (Cic., *De leg. agrar.*, II, 21, 56 ; *Pro Sest.*, XXVI, 57 ; dans ces deux passages il est expressément dit que la *sectio* des biens confisqués se fait par l'entremise du *præco publicus*. Cf. *Philipp.*, II, 26, 64. — Comp. note 179, *supra*), et leur ministère était enfin employé dans d'autres ventes, notamment dans les ventes à la criée, ordonnées par l'autorité. (Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, 16, 40 ; cf. Plutarch., *Popl.*, 19.

(182) Tit. Liv., VIII, 32, 2 ; Suet., *Tiber.*, 11 ; Plutarch., *Brut.*, 27.

(183) Quintil., *Inst. orat.*, VI, 4, 7 ; XI, 3, 156 ; Martial., *Epig.*, IV, 5, 4.

(184) Cic., *Pro Flacc.*, XV, 34.

(185) Cic., *In Verr.*, act. II, lib. II, 30, 75 ; *Pro Cluent.*, XXVII, 73 ; Quintil., *Inst. orat.*, I, 5, 43 ; Ps. Ascon., *In act. I in C. Verrem*, p. 152 Orelli, *Dixi*.

(186) Donatus sur Térence, *Phorm.*, I, 4, 30 : « *Judices de consilio dimittebantur suprema dicta, cum præco pronuntiasset « ilicet », quod significat « ire licet.* »

(187) Tit. Liv., XXVI, 15, 9 ; XXVIII, 29, 10 ; cf. Dio Cass., LXXIII, 16 ; LXXVI, 10 ; Lamprid., *Alex. Sev.*, 36. (Voy. chap. I, § 2, note 112, p. 338, second alin.)

(188) Aul. Gell., XII, 3, 1 ; Grut., 1061, 4 = Borghesi, *Œuvres*, 2, 127.

(189) Festus, lib. XIX, V° VIATORES, éd. Panck., p. 672 *in fine*. — Les *viatores*, pour la plupart des affranchis, étaient, en général, d'humbles personnages (Val. Max., IX.

espèce d'acte d'assignation, que nous avons entendu comparer très-exactement à notre exploit d'ajournement, dans lequel le demandeur exposait en bref ses prétentions, et que le magistrat faisait signifier au défendeur par le ministère d'un huissier ou *executor litium*. Cette signification portait le nom technique de *conventio* (197). Ajoutons que cet écrit n'était pas toujours indispensable, et que, mis à part quelques cas particuliers (198), le *jus vocatio* pouvait se faire avec ou sans écrit, *sine scriptis* (199).

Rappelons enfin, relativement aux huissiers, que les Institutes nous apprennent, d'un côté, que, lorsqu'un demandeur réclamait dans le *libellus conventionis*, plus qu'il ne lui était dû, de telle sorte que les *viatores* touchaient un salaire (*sportulæ*) plus élevé, le défendeur qui en souffrait pouvait, au moyen d'une *condictio ex lege*, se faire payer le triple de ce qu'il avait ainsi déboursé mal à propos (200), et, d'autre part, que les *executores litium* qui exigeaient des parties un salaire plus considérable que celui auquel leur donnait droit leur tarif, étaient tenus d'une *condictio ex lege*, qui entraînait contre eux une condamnation au quadruple de ce qui dépassait la perception légale (201).

D., II, 12; L. 1 §§ 4 et 5, fr. Ulp., *De inspic. vent., eod.*, XXV, 4; L. 26 § 9, fr. Ulp. *De fideicommiss. libertat., eod.*, XL, 5), semble être devenu, sous Justinien, le procédé usité de droit commun pour introduire l'instance. (Authentic. *Offeratur* et *Libellum*. *De litis contest.*, C. Just., III, 9; Novell. LIII, cap. 3, XCVI et CXII.) On en rencontre un autre de création également récente au Code Théodosien, mais qui était d'un usage exceptionnel : c'est la *rescripti editio*, ou rescrit impérial provoqué par le demandeur et renvoyant les parties devant un magistrat déterminé. (Constt. 4 et 5, *De denuntiat. et edit. rescr.*, II, 4.) Il est probable que ce n'était là que la transformation de la coutume où l'on était anciennement de consulter le prince pour savoir si l'on avait le droit d'agir en justice. (LL. 8, fr. Julian., et 9, fr. Callistrat., *De offic. præs.*, D., I, 18.) Ce rescrit devait être, comme le *libellus*, signifié au défendeur, sur l'ordre du magistrat, et par le ministère d'un *executor litium*, pensons-nous. (Voy., en ce sens, M. Accarias, *op. cit.*, t. 2, n° 784, p. 907. Comp. l'observation faite note 194, *supra*.)

(197) Const. 3, *De præscript.* XXX *vel* XL *ann.*, C. Just., VII, 39.

(198) Authentic. *Nisi breves, De sentent. ex peric. recit.*, C. Just., VII, 44; Const. 3 § 4, *De privileg. schol., eod.*, XII, 30; Novell. XVII, cap. III, et LXXXIII, *præfat.*, pr.

(199) Const. 17 § 1, *De dignit.*, C. Just., XII, 1; Novell. CXXIII, cap. VIII.

(200) Const. 2 § 2, *De plus petition.*, C. Just., III, 10; Inst., *De act.*, IV, 6, §§ 24 et 33 *in fine*.

(201) Inst., *De act.*, IV, 6, § 25. *Junge :* Const. 4 § 2, *De sportul.*, C. Just., III, 2.

IV. — *Des commissaires-priseurs.*

Nil novi sub sole.

Les quelques renseignements que nous possédions j
dernières années laissaient supposer avec toute vrai
que nos commissaires-priseurs actuels avaient eu, dan
romain, des ancêtres à qui étaient confiées des opéra
analogues à celles de ces officiers ministériels à not
Aujourd'hui, le doute n'est plus possible : des décou
centes sont venues jeter un nouveau jour sur le pr
permettent d'affirmer avec certitude l'existence, dans
romaine, d'agents correspondant à ceux de nos officie
dont nous parlons. Nous faisons tout particulièreme
aux centaines de tablettes enfouies depuis le trembl
terre du 5 février 63 (202) et rendues à la lumière a
juillet 1875, au cours des travaux de déblaiement e
Pompéi (203). Autrefois réunies en diptyques et en tr
elles faisaient partie des archives d'un certain L. Cæcil
dus, commissaire-priseur à Pompéi, dont le nom se t
presque chacune d'elles. La plupart se rapportent à

Constt. 25 § 2, 33 § 5, Authentic. *Sed hodie* et *Generaliter, De episc. et cl* I, 3; Const. 6, *De fruct. et lit. expens., eod.*, VII, 51; Const. 12 § 1, *sacr. scrin., eod.*, XII, 19 ; Const. 2, *De præpos. agent. in reb., eod.*, 21 ; *castrensian. et ministerian., eod.*, 26; Const. 3 § 4, *De privil. schol., eod.*, XVII, cap. III; LXXXII, cap. VII ; CXXIII, capp. XXVII et XXVIII. — Comp. lettre *c*, p. 433. — Justinien nous représente, du reste, les *executores lit* des gens d'une moralité plus que suspecte. (Novell. CXII, cap. II, p « *Ad excludendas... executorum fraudes.* »)

(202) Telle est du moins l'opinion de M. Caillemer (*op. et loc. citt.* note p. 397, note 2), qui s'appuie sur ce que le très-grand nombre d'actes dat antérieurs à la terrible commotion de l'an 63, ce qui conduit à reporter la des archives de L. Cæcilius Jucundus, dont nous allons bientôt parler, à trophe plutôt qu'à l'éruption de 79.

(203) Les caractères qui recouvrent ces petites lamelles de bois ont pu frés, et les textes, au nombre de cent vingt-sept, sont imprimés dans le M. Giulio de Petra, *Le tavolette cerate di Pompei rinvenute a' 3 e 5 L* Roma, *1876*, et Napoli, *1877*, in-4° de 86 pages avec 4 planches; extr série II, des *Atti* de la *Reale Academia dei Lincei*.

de ses fonctions. Aidé des détails complémentaires qu'elles nous fournissent, nous pouvons tenter d'indiquer la manière dont se pratiquaient jadis les *auctiones* (204), c'est-à-dire les ventes à l'encan ou aux enchères publiques (205), et ébaucher le portrait juridique d'un *auctionator* ou commissaire-priseur (206).

Rien n'était plus fréquent à Rome que les *auctiones*, notamment à l'époque où L. Cæcilius Jucundus exerçait (207), et les causes diverses qui les nécessitent chez nous et les motivent, s'y retrouvaient à peu près identiques. En laissant de côté les ventes forcées (208) et les ventes de biens appartenant à des communautés ou au trésor public, et sous l'Empire au fisc (209), un grand nombre d'autres ventes étaient pratiquées à l'encan, de la part d'un héritier, par exemple (210), d'un propriétaire, ou d'un emprunteur dépourvu de crédit, les uns se débarrassant d'objets inutiles ou hors d'usage, et trouvant aussi par là le moyen d'écouler les produits

---

(204) On trouve parfois *auctio venalis* (*ex. gr.*, Plin., *Hist. nat.*, XXXIII, 6.

(205) Consulter sur ce sujet : MM. Rein, *Auctio*, dans la *Pauly's Real-Encycl.*, I, 2, p. 2118, 2e éd., Stuttgart, 1866; G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, Ve Auctio, et surtout MM. Th. Mommsen, *Die Pompeianischen Quittungstafeln des L. Cæcilius Jucundus*, dans l'*Hermes* (*Zeitschrift für classische Philologie*), t. XII, 1877, pp. 88-141, et E. Caillemer, *Un commissaire-priseur à Pompéi au temps de Néron*, mémoire lu à la réunion des Sociétés savantes, le 6 avril 1877, et publié dans la *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1877, pp. 397-411. C'est principalement à ces deux derniers auteurs, et particulièrement au travail de M. Caillemer que sont empruntés les détails qui vont suivre. — Voy. aussi M. Flach, *op. cit.* note 250, *infra*, nos 30 et suiv.

(206) Nous pensons avec M. Caillemer (*loc. cit.*, p. 399, note 1), et contrairement à M. de Petra (*op. cit.*, p. 9), que le mot *auctionator* désigne plutôt l'officier qui présidait aux enchères, que le propriétaire qui faisait une vente à l'encan.

(207) Plin., *Epist.*, VII, 11, 1.

(208) Voy. sur ce sujet : MM. Stieber, *De bonorum emptione apud veteres Romanos*, I, Lips., 1827, 2; Rudorff, *Röm. Rechtsgesch.*, I, 75; II, 295, 305, Leipz., 1859. Walter, *Gesch. des röm. Rechts*, 3e éd., §§ 754, 757 et 858; Tambour, *Des voies d'exécution chez les Romains*, Paris, 1861; Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, lettre XCIX, t. 4, pp. 37 et suiv.

(209) Voy., par ex., J. Capitol., *M. Anton.*, 17. — Voy., sur les ventes faites au nom de l'Etat, M. E. Labatut, *Hist. de la préture*, liv. I, chap. XIII, pp. 119 et suiv.

(210) Ulp., *Reg.*, XXII, 26. « *Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur, velut qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat.* » On a quelquefois proposé de remplacer le mot *auctionem* par le mot *actionem;* mais cette leçon a le léger tort, à nos yeux, de rendre le texte d'Ulpien inintelligible. On peut, au surplus, en rapprocher un autre texte du même jurisconsulte

qui supposent encore l'intervention de l'autorité administrative » (215). Enfin remarquons que notre opinion s'impose à ceux qui, comme M. Mommsen, notamment, voient dans les crieurs *præcones*, de véritables fonctionnaires (216). En effet, il serait inadmissible que l'*auctionator*, sous la direction duquel ils s'acquittaient de leur mission, eût été dégagé de toute entrave envers l'autorité, alors que de simples crieurs auraient été soumis à elle par un certain lien (217).

Ainsi qu'il vient d'être dit, le commissaire-priseur était assisté dans ses fonctions par divers auxiliaires, au premier rang desquels figuraient les *præcones*. C'est qu'en effet le public était averti des ventes aux enchères verbalement et par écrit. L'annonce verbale rentrait dans l'office du *præco*, qui parcourait les principales rues de la ville, et invitait les amateurs à venir à la vente (218). De plus, des affiches, appelées *proscriptiones* (219), étaient apposées dans les endroits les plus fréquentés (220) ; elles

---

(215) Comp. note 217, *infra*.

(216) *Hermes*, XII, pp. 99 et suiv. Comp. *supra*, note 181 *in fine*.

(217) Ce raisonnement est singulièrement fortifié par la Table d'Aljustrel, dans laquelle on voit (linn. 10 et seqq.) que la profession du crieur public était érigée en monopole, comme celle du maître de bains (linn. 19 et seqq.), du cordonnier (linn. 32 et seqq.), du coiffeur (linn. 37 et seqq.) et du foulon (linn. 43 et seq.). Pourquoi n'en aurait-il pas été de même pour le commissaire-priseur (*coactor*, *coactor argentarius*, *argentarius*; voy., à la fin de cet article, pp. 684 *in fine* et suiv.), dont la présence nous est révélée par la rubrique même du début de la Table (lin. 1) ? A n'en pas douter, son ministère était, dans le *vicus Vipascensis*, où les enchères devaient être rendues fort nombreuses par la fréquence de la vente ou de la location de puits de mine, de la vente de minerai ou de métal, de pierres ou d'ardoises, de matériel d'exploitation, etc., d'une importance bien autre que celui d'un *præco* ou d'un simple artisan. Nous ne voulons pas dire, par là, que le *præco* n'était qu'un employé ou agent du commissaire-priseur. La *lex metalli Vipascensis*, en érigeant le métier de *præco* (*præconium*) en un monopole distinct de celui de l'*argentarius*, nous montre bien clairement que sa profession constituait un véritable office. (Voy. M. Flach, *op. cit.* note 250, *infra*, n° 89; comp. n° 16.)

(218) Cic., *De offic.*, III, 13, 55 *in fine*; cf. *Pro P. Quinct.*, XV, 49, et *De leg. agrar.*, *in init.*; Horat., *De art. poet.*, v. 419.

(219) Cic., *De offic.*, III, 13, 55. Cf. *tabulæ auctionariæ*, Cic., *In L. Catil.*, II, 5, 18; *proscribere auctionem*, Cic., *De leg. agrar.*, I, 1, 2; *Pro P. Quinct.*, IV, 15 et 16; *tabulam proscribere*, Cic., *Ad Q. fr.*, II, 6, 5. On rencontre aussi fréquemment l'expression *proponere*. (Cic., *Pro P. Quinct.*, XV, 50; *In Verr.*, act. II, lib. II, 32; *Lex metalli Vipasc.*, linn. 14 et 15; Const. 9, *De Judæis*, C. Just., I, 9.)

(220) Cic., *Pro P. Quinct.*, XV, 50. Ces affiches consistaient en inscriptions faites sur l'*album*, à l'aide d'un pinceau enduit de couleur rouge ou noire. On a retrouvé à

indiquaient les clauses et conditions de la vente (*leges venditionis*), faisant ainsi fonction de nos cahiers des charges, le jour, le lieu et l'heure de l'*auctio* (221), et contenaient tous les renseignements propres à éclairer ou à allécher le public (222), par exemple la liste des objets à vendre, l'indication des revenus, s'il s'agissait d'immeubles, etc.

Au jour fixé, on procédait aux enchères dans le lieu indiqué (223). Le héraut, qui trouvait dans les *auctiones* la source de gros bénéfices (224), annonçait à haute voix les conditions de la vente, exhibait les objets à vendre, les mettait successivement à prix (225), excitait la foule à porter des enchères : « ... *Vendo, agite, licemini.* » (226) Les amateurs enchérissaient, soit en faisant des signes de tête, *capitis motu nutantes* (227), soit en levant un doigt (228). Monté sur une pierre ou sur un banc, observant tous les signes, le *præco* répétait les offres et les enchères, déployait toute sa verve et toute son élo-

---

Pompéi de véritables cadres d'affichage. (Voy. MM. Ed. Guillaume et E. Saglio, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, V° Album, I, et MM. Caillemer, *loc. cit.*, p. 400, et Flach, *op. cit.*, n° 39.)

(221) Voy. M. G. Humbert, *loc. cit.* note 205, *supra*.

(222) Cic., *Philipp.*, II, 29, 73; *De offic.*, III, 17, 68.

(223) Les ventes à l'encan pouvaient se faire en tout lieu, dans la maison du vendeur (*in atriis*), dans la rue ou sur une place publique. (Cf. Acro, *Ad Horat.*, *Serm.*, II, 3, 25.) Les Romains n'ignoraient pas toutefois les salles de ventes, *atria auctionaria*, et Cicéron considérait même comme ayant perdu tout sentiment d'honneur, ceux qui mettaient leurs biens aux enchères ailleurs que dans une de ces salles, sortes d'hôtels des ventes de l'époque. (*De leg. agrar.*, I, 3, 7.) Le plus souvent, l'*atrium auctionarium* appartenait au commissaire-priseur, soit en propriété, soit à titre de location. Dans quelques cités, cependant, des édifices étaient spécialement affectés aux criées, et le public pouvait s'en servir moyennant redevance. Une inscription d'origine incertaine, et attribuée à la fois à Rome (Orelli, n° 3439), et à Cora (id., n° 3883), nous apprend qu'un certain T. Pompullius Lappa avait ordonné, par testament, la construction d'un *atrium auctionarium*. (Voy., sur cette inscription, MM. Henzen, *Collect. Orell. supplem.*, t. 3, pp. 347 et 423, remarques sur les deux numéros précités, et Giraud, *Les Bronzes d'Osuna, Remarques nouvelles*, pp. 56 et suiv.)

(224) Cic., *Pro Planc.*, XIV, 33, et *Schol. Bobb. ad h. l.*, p. 259 Orelli. Comp. note 180, *supra, ad fin.*

(225) Cic., *Pro P. Quinct.*, XV, 50.

(226) Plaut., *Stichus*, v. 221, éd. Panck. = act. I, sc. 3, v. 68.

(227) Suet., *Calig.*, 39.

(228) Cic., *In Verr.*, act. II, lib. I, 54, 141; lib. III, 11, 27.

quence (229) à appeler les surenchères, et égayait les assistants par ses plaisanteries (230). Quant à l'*auctionator*, il marquait les enchères, adjugeait au plus offrant (*addicere*), si celui-ci lui paraissait solvable (231), et dressait sur ses *tabulæ*, au fur et à mesure des adjudications, la liste des objets vendus, avec le nom des acquéreurs et le prix de chaque article (232). Le client recevait ensuite le compte de la vente (*auctionalia*) (233) qui le concernait.

La vente pouvait avoir lieu au comptant, *præsenti pecunia* (234), ou à terme.

Sur le premier cas, nous n'avons rien de bien spécial à dire : l'adjudicataire payant immédiatement son prix recevait en même temps délivrance de l'objet vendu. Il convient toutefois d'observer que, même dans cette hypothèse, l'opération n'en était pas moins soigneusement mentionnée sur les livres de l'*auctionator*, ce qui permettait d'y trouver plus tard, sans difficulté, si besoin était, le nom de l'acquéreur (235).

Que si, maintenant, des délais avaient été accordés aux acheteurs pour leur libération, ce qui devait se présenter toutes les fois que les choses vendues avaient une grande valeur, une stipulation, sur laquelle nous allons avoir à revenir, et qui avait pour résultat de convertir l'*actio venditi* en une action de droit strict, intervenait entre l'adjudicataire et l'*auctionator* (236). Quel droit conférait-elle à ce dernier ? Gaius (IV, 126[a]) nous apprend, à cet égard, qu'elle ne l'autorisait pas par elle-même à

---

(229) *Præco dicacissimus.* (*Schol. Bobb.*, *In orat. pro Planc.*, p. 259 Orelli.)

(230) Cic., *Pro P. Quinct.*, III, 11; Martial., *Epigr.*, 1, 86. Cette sorte de rôle de bouffons publics dut contribuer puissamment à attirer sur les *præcones* le mépris de leurs concitoyens. (Voy. note 180, *supra.*)

(231) Cic., *Pro Cæcina*, VI, 16.

(232) Quintil., *Inst. orat.*, XI, 2, 24.

(233) L. 1 § 3, fr. Ulp., *De tutel. et ration. distrah.*, D., XXVII, 3.

(234) Sur cette locution, voy. chap. I, § 2, note 161, lettre *k*, p. 362.

(235) Cic., *Pro Cluent.*, LXIV, 180.

(236) Cic., *Pro Cæcina*, VI, 16. Le cahier des charges imposait parfois à l'acquéreur l'obligation de fournir des sûretés personnelles ou réelles pour la garantie de sa dette. (Lucien, *Vitar. auct.*, 1.)

refuser la livraison des choses vendues jusqu'au paiement du prix, et que, si l'*auctionator* s'avisait, en vertu de cette stipulation, de poursuivre l'adjudicataire avant de lui avoir délivré la chose, il s'exposait à une exception (237) : « .... *si argentarius pretium rei quæ in auctionem venerit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur*, SI EI RES QUAM EMERIT, TRADITA EST ; *et* EST *justa exceptio....* » Mais le jurisconsulte ajoute immédiatement que l'*auctionator* pouvait d'avance conjurer ce résultat et parer à l'exception, en faisant déclarer, au début de l'adjudication, que la livraison des choses vendues ne serait pas effectuée, tant que l'acheteur n'aurait pas payé son prix. Le préteur accordait alors au commissaire-priseur une *replicatio* spéciale pour paralyser les effets de l'exception derrière laquelle l'adjudicataire aurait tenté de se retrancher : « .... *sed si in auctione prædictum est* », poursuit Gaius, « NE ANTE EMPTORI (RES) TRADERETUR QUAM SI PRETIUM SOLVERIT, *replicatione tali argentarius adjuvatur* AUT SI PRÆDICTUM EST NE ALITER EMPTORI RES TRADERETUR QUAM SI PRETIUM EMPTOR SOLVERIT. » (238)

D'un autre côté, afin de corroborer l'obligation pour le commissaire-priseur de payer au propriétaire vendeur le montant de l'adjudication, Scævola nous dit que ce dernier stipulait le prix des choses exposées en vente (239). L'effet de cette stipulation était de substituer à l'*actio bonæ fidei* qui naissait du mandat ou du louage de service, une *actio stricti juris*.

---

(237) C'était l'exception *rei non traditæ*. (L. 25, fr. Julian., *De action. empt. et vend.*, D., XIX, 1.)

(238) Le § 126a de Gaius, que nous venons de transcrire, suppose évidemment que la *persecutio* dont il parle a lieu, de la part de l'*argentarius*, au moyen d'une *actio ex stipulatu* ; car, s'il agissait par l'*actio venditi*, l'exception et la réplique dont il y est question, étant fondées sur la bonne foi et dérivant de l'équité, iraient d'elles-mêmes et n'auraient pas besoin d'être insérées dans la formule ; elles y seraient sous-entendues. Or, quand le jurisconsulte nous parle d'exception et de réplique, il a assurément en vue celles qui doivent être écrites dans la formule.

(239) L. 88, *De solut.*, D., XLVI, 3. Cf. Cic., *Pro P. Quinct.*, V, 19 *in fine*. — Comme la stipulation faite par le propriétaire précédait la vente, elle se trouvait forcément

Comme on le voit, si deux ordres de rapports absolument distincts existaient d'une part entre le vendeur et l'*auctionator* d'autre part entre le commissaire-priseur et l'adjudicataire, du moins le vendeur et l'acheteur demeuraient-ils complètement étrangers l'un à l'autre. De là, deux conséquences fort importantes :

La première, c'est que l'*auctionator* seul était responsable envers le vendeur de tout le produit de l'*auctio*, et que, par conséquent en cas d'insolvabilité de l'un des adjudicataires, la perte qui en résultait était supportée par le commissaire-priseur (240) ;

La seconde, qui n'est que la réciproque de la précédente, c'est que le vendeur n'avait d'action que contre l'*auctionator*, et que, par la même, l'adjudicataire était à l'abri de toute attaque, lors

---

indéterminée. Pour en fixer plus tard le montant, il fallait, de toute nécessité, se reporter à celle qui avait eu lieu entre l'*auctionator* et les enchérisseurs; car elle seule contenait un *certum* et pouvait seule, dès lors, servir de base aux engagements des parties. Par suite, qu'il s'agît de donner décharge au commissaire-priseur de l'obligation qu'il avait contractée au regard du vendeur, ou de calculer le salaire qu'il avait le droit de retenir (voy. *infra*), c'était toujours à la stipulation faite par le commissaire-priseur lui-même que l'on devait se reporter. Cette observation n'est pas sans importance. Elle nous explique, en effet, une anomalie de langage que l'on rencontre dans les tablettes de Pompéi. On y voit, ce qui semble très-bizarre, au premier abord, que l'*acceptilatio* qui doit éteindre l'obligation de l'*auctionator* vis-à-vis du vendeur (voy. *infra*) vise, quant aux sommes dues, non pas la stipulation qui a engendré cette obligation, mais bien celle qui est intervenue entre l'*auctionator* et les adjudicataires (Voy. MM. de Petra, nº 112, et Mommsen, dans *Hermes*, XII, p. 112.) Et, ce qui n'est pas moins curieux, la quittance, au lieu de porter sur la somme que L. Cæcilius Jucundus s'est engagé à verser au propriétaire vendeur, s'attache à celles qu'il a lui-même stipulées des divers acheteurs : « *Quæ pecunia in stipulatum L. Cæcilii Jucundi venit* », comme le porte l'une des tablettes. (M. de Petra, nº 16.) Notre remarque donne facilement raison de ces particularités. Elle nous fait pareillement incliner à penser avec MM. Bruns (*Lex metalli Vipasc.*, dans la *Zeitschr. f. Rechtsg.*, t. XIII, pp. 379-380) et Flach (*op. cit.* note 250, *infra*, nº 32), mais contrairement à l'opinion de MM. Mommsen (*Hermes*, XII, pp. 101 — 102) et Hübner (*Ephem. epigr.*, vol. III, p. 174), que la *stipulatio argentaria* dont il est question au début de la Table d'Aljustrel, est plutôt la stipulation qui se passe entre le commissaire-priseur et les enchérisseurs que celle faite par le vendeur.

(240) Mommsen, dans *Hermes*, XII, p. 95 ; arg. L. 40 § 8, fr. Scævola, *De statulib.*, D., XL, 7. Le principe posé au texte n'avait en soi rien de trop rigoureux ; car l'*auctionator* n'avait qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir négligé de demander quelque sûreté, et de n'avoir pas stipulé, par exemple, comme il le pouvait, que la chose vendue ne serait livrée qu'après paiement. (Voy. *supra*.)

bien que le commissaire-priseur devenait insolv

Comment, maintenant, se dissolvaient les liens de d drés par les stipulations dont il vient d'être questio recourir aux formes strictes et rigoureuses de la lo tablettes de Pompéi fournissent à ce sujet des détails sur l'extinction des obligations prises par un *auction* les vendeurs qui avaient recouru à son ministère. relève, avant tout, c'est l'extrême défiance de L. Cæcili qui multipliait, jusqu'à l'excès — excès dont n'ont plaindre les heureux inventeurs de ses archives,— les contre les réclamations possibles de l'avenir. Il ne se pas, en effet, de se faire faire acceptilation ; malgré la *ipso jure* qui en résultait à son profit, il dressait lui une tablette le procès-verbal de l'acceptilation qu'il a le scellait et y faisait apposer les noms du créancier p assez grand nombre de témoins (242). Ce n'est pas t geait en outre une quittance autographe, *chirographum* forme (elle était datée et portait l'indication : *Fait* dans laquelle il avait soin de faire écrire, le plus souve lettres, la somme payée; si le créancier ne savait pas de ses amis intervenait sur sa demande, *rogatu et m* écrivait la quittance en ses lieu et place (243). Il avait bitude de conserver ses quittances durant de longu puisqu'on en a retrouvé deux dans ses archives qui étai l'une de quarante-sept ans, l'autre de trente-cinq (244)

Quant au salaire de l'*auctionator*, il variait suivant l

(241) L. 18 pr., fr. Ulp., *De hered. petit.*, D., V, 3. Ici encore, cett rien d'injuste; car, si le vendeur eût été mieux avisé, il se serait adres *nator* d'une solvabilité à l'abri de toute atteinte.

(242) Voy. M. Caillemer, *loc. cit.*, p. 403, et sur la clôture et le s parlons, avec l'indication des noms, plutôt qu'avec les signatures des par *Die Unterschriften in den röm. Rechtsurkunden*, Berlin, 1876, p. 42

(243) Voy. M. Caillemer, *loc. cit.*, pp. 403 *in fine* et suiv.

(244) Il existe, en effet, dans les tablettes de Pompéi, deux quittances, de notre ère (M. de Petra, *op. cit.*, n° 1), l'autre de l'an 27 (Id., *eod.*, n toutes les tablettes datées sont des années 53 à 62 après J.-Ch.

tances particulières à chaque vente. Il portait le nom technique de *merces*, et nous apparaît, par suite, comme le prix et comme la rémunération du louage de ses services. Du reste, il n'était qu'une légitime indemnité de quelques-unes des dépenses assez onéreuses que les devoirs de sa charge imposaient au commissaire-priseur (245), et qu'une juste compensation du risque éventuel qui lui faisait courir l'insolvabilité possible des adjudicataires. (Voy. 1re conséquence *supra*, p. 678.) Aussi exigeait-il de l'acheteur une certaine somme en sus de son prix d'adjudication, et c'était précisément cette somme additionnelle (*accessio*) qui représentait sa *merces*. A l'époque de Cicéron, cette *accessio* était ordinairement d'un pour cent (246). Il n'est d'ailleurs pas douteux que le taux de ce salaire pouvait être augmenté suivant les cas et selon les conventions des parties intéressées. C'est ainsi que l'une des tablettes de Pompéi nous parle d'une *merces quinquagesima*, c'est-à-dire d'un pour cinquante, ou deux pour cent, à propos d'une adjudication qui avait presque atteint trente-huit mille sesterces (247). C'est ainsi encore qu'une autre tablette mentionne

(245) Il avait d'abord à acheter ou à louer un *atrium auctionarium*, ou à payer probablement une redevance dans les villes où il existait un édifice public de ce genre (voy. *supra*, note 223) ; à rétribuer les agents qu'il mettait en œuvre, tels que crieurs, comptables, employés de recette, et enfin à acquitter vraisemblablement la taxe perçue sur les *res venales (vectigal auctionum* ou *rerum venalium)*, qui fut, suivant des distinctions de temps et de marchandises, sur lesquelles il ne serait pas à propos d'insister ici, de un, de un demi, ou de quatre pour cent (*centesima, duodecimesima rerum venalium, quinta et vicesima venalium mancipiorum*. Voy. M. Caillemer, *loc. cit.*, pp. 405 et suiv.). Les véritables débiteurs de cet impôt étaient bien, sans doute, les acheteurs, en principe, et quelquefois aussi les vendeurs, comme nous le dit Tacite (*Ann.*, XIII, 31) au sujet du *vectigal quintæ et vicesimæ venalium mancipiorum*, dont on fit remise aux acheteurs, sous le second consulat de Néron, pour le mettre à la charge des vendeurs, ce qui n'eut d'autre résultat, ajoute l'historien, que de faire augmenter d'autant le prix des esclaves mis en vente. Mais il était plus commode au fisc de s'adresser aux représentants des débiteurs qu'à ces débiteurs-eux-mêmes, qui devaient être souvent ignorés de lui, et dont la solvabilité pouvait n'être pas toujours bien certaine, tandis que les *auctionatores* étaient des gens connus, solvables en général, et astreints à tenir des livres pour la régularité de leurs opérations.

(246) Cic., *Pro Rabir. Post.*, XI, 30. De même, dans la Table d'Aljustrel, celui qui avait affermé le monopole de commissaire-priseur avait le droit, à titre de *merces*, à une commission d'un pour cent, *centesima argentariæ stipulationis* (lin. 1. — Voy. M. Flach, *op. cit.* note 250, *infrà*, nos 30 et suiv.)

(247) M. de Petra, no 8.

une *merces* de cinquante-deux sesterces, pour une adjudication qui n'en avait produit que six cent quarante-cinq, c'est-à-dire un salaire d'un peu plus de huit pour cent (248).

Nous tenons pour certain que la *merces* arrivait nette à l'*auctionator*, en ce sens que, d'un côté, lorsque l'Etat percevait le *vectigal auctionis*, le commissaire-priseur qui en faisait l'avance ne devait pas oublier d'exiger, soit de l'acheteur, soit du vendeur, le remboursement de la *centesima*, ou de la *ducentesima*, ou de la *quinta et vicesima* (249), et que, d'un autre côté, le salaire du *præco* ne devait pas être compris dans cette *merces*, mais devait faire l'objet d'une prestation spéciale. La Table d'Aljustrel (250) nous montre, en effet, que, dans certains cas au moins, le vendeur

---

(248) M. de Petra, n° 113.

(249) Voy. sur ce *vectigal rerum venalium*, note 245, *supra*.

(250) La Table d'Aljustrel, à laquelle nous avons déjà eu l'occasion de renvoyer à plusieurs reprises, et dont nous ne connaissons encore qu'un fragment (voir Mommsen, dans *Hermes*, t. XII, pp. 100-102), est une table de bronze de la fin du premier siècle de notre ère, d'après MM. Hübner (*Ephem. epigr.*, *loc. inf. cit.*, pp. 168-170) et Flach (*op. inf. cit.*, n°s 7 et 8), mise au jour, au mois de mai 1876, par une société minière, près du petit bourg d'Aljustrel, province d'Alentejo, district de Beja (Portugal), et découverte dans une mine de cuivre. Il convient de consulter sur elle : le rapport adressé à M. le Ministre de l'Intérieur du Portugal par M. Soromenho, professeur d'histoire à Lisbonne, le premier éditeur de notre table, *La Table de bronze d'Aljustrel, Rapport adressé à M. le ministre de l'intérieur*, Lisbonne, 1877, in-8°, 12 pp.; l'étude de M. J. Lefort, *La table de bronze d'Aljustrel d'après M. Soromenho*, dans la *Revue gén. du droit*, 1877, pp. 297-299 ; la publication de M. Ch. Giraud, dans le *Journal des savants*, numéro d'avril 1877 ; l'étude du même auteur, *La table d'Aljustrel*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, décembre 1878 ; les travaux de MM. Hübner, *Lex metalli Vipascensis*, dans l'*Ephemeris epigraphica*, vol. III, fasc. 3, pp. 165-187 ; Mommsen, *ibid.*, pp. 187-189 ; Bruns, *Lex metalli Vipascensis*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, XIII, fasc. 2, pp. 372-383 ; Wilmanns, *Die röm. Bergwerksordnung von Vipasca* (16 pp.), dans la *Zeitschrift für Bergrecht*, XIX; 2 ; Cam. Re, *La tavola Vipascense*, dans l'*Archivio giuridico*, t. XXIII, 4-5, et surtout la savante étude de M. J. Flach, *La Table de bronze d'Aljustrel, étude sur l'administration des mines au 1er siècle de notre ère*, publiée dans la *Nouv rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1878, pp. 269 et suiv., et pp. 645 et suiv., avec une reproduction du texte de l'inscription latine, sa restitution, avec les variantes proposées jusqu'à ce jour, et sa traduction. Ce remarquable travail a été publié en brochure, Paris, Larose, 1879, gr. in-8°, 70 pp. et 4 planches. Voir enfin M. Caillemer, dans la *Revue critique d'histoire*, n° du 8 mars 1880, et M. Scialoja, *Ad un punto controverso della lex metalli Vipascencis*, dans l'*Archiv. giurid.*, t. XXIV, fasc. 5, ainsi que la critique faite de ce travail par M. J. Flach, dans la *Nouv. rev. hist.*, *Bullet. bibliog. et critiq.*, 1880, p. 39, n° 421.

avait à payer un droit fixé, soit à tant pour cent, soit à tant p- objet mis en vente, au fermier de l'office de crieur public (25!

Puisque le commissaire-priseur avait droit à une *merces*, à - devait-il en faire supporter le paiement? En principe, aux adj cataires. Car, en règle, il était d'usage, à Rome, que les frais l'enchère, aussi bien l'impôt dû au fisc que le salaire de l'*auct- nator*, fussent à la charge de l'acheteur seul (252). Il résultait là un grave danger pour l'*argentarius*, tenu, nous le savons, verser toujours comptant et à ses risques et périls, le montant l'adjudication. Il ne pouvait donc faire subir aucune retenue vendeur, et si l'adjudicataire, auquel il avait coutume d'accorde des délais, ne le payait pas à l'échéance, il subissait la perte ensemble du principal et des frais. (Voy. p. 678, 1re conséquence

Gardons-nous, toutefois, d'exagérer le péril, et n'allons pas ainsi qu'il arrive trop souvent, pousser le principe jusqu'à des résultats qu'il ne comporte pas. En disant que le commissaire-pr- seur ne pouvait faire subir aucune retenue au vendeur, nous en- tendons parler uniquement du prix atteint par les plus offrants et derniers enchérisseurs. Mais n'oublions pas que, quand la vente n'avait pas lieu au comptant, et que, par conséquent, l'*auctio- tor* était, comme nous l'avons dit, obligé de faire une stipulation avec l'adjudicataire (voy. *supra*, p. 676, texte et note 236), la somme totale des recouvrements à opérer par le commissaire- priseur (*coactor*) était déduite dans cette stipulation qui, par la même, ne comprenait pas seulement le prix d'adjudication, mais encore une ou plusieurs *accessiones*. De là, cette conséquence que le vendeur n'aurait pas pu, sans commettre une véritable plus-

---

(251) *Lex metalli Vipasc.*, linn. 10 et suiv. Cf. Horat., *Satyr.*, I, 6, 86 et suiv — C'est par inadvertance que certains auteurs ont pensé que la *centesima* dont il est question dans le texte de la Table d'Aljustrel, auquel nous renvoyons, était la *centesima auctionum*. (Voy. en ce sens : MM. Soromenho, *op. cit.*, et J. Lefort, *op. et loc. cit.*, p. 299.) Il s'agit là de la rémunération du *præconium*. (Voy. MM. Mommsen, dans *Hermes*, t. XII, p. 102; Caillemer, *loc. cit.*, p. 408, note 4, et Flach, *op. cit.*, nos 58 et suiv., et no 67, traduction des lignes précitées; comp. no 16 *bis*.)

(252) Voy. Mommsen, dans *Hermes*, XII, p. 99. Comp. note 245, *supra*.

ɔtition, exiger de l'*auctionator,* au moyen de l'*actio ex*
ıi lui compétait contre lui, que cet officier lui tînt compt
ɜ qu'il avait lui-même stipulé des adjudicataires : car il
ı vendeur que le prix des choses exposées en vente. A
ouvait-il, scindant la stipulation qui liait les acheteu
ıi, défalquer de la somme totale qui y était exprimée le
'enchère, c'est-à-dire les différentes *accessiones*, pour
que le surplus au vendeur, ce qui, d'ailleurs, ne l'empêch
tout perdre, dans le cas d'insolvabilité des adjudicat
propres débiteurs : le prix de l'adjudication, d'abord, do
fait l'avance, et qu'il ne recouvrait pas ; sa *merces,* ens
ne touchait pas, et tous les autres déboursés, enfin, qu'i
faire et qui ne lui rentraient pas. L'une des déductions
venons de parler, celle même qui nous intéresse le plu
ment, nous est très-clairement indiquée par les tablettes d
nous lisons, en effet, sur les quittances qu'elles contienne
vendeur a reçu de L. Cæcilius Jucundus la somme que ce
fait solennellement promettre par les enchérisseurs, *me*
nus, c'est-à-dire après décompte opéré de la *merces* (25

Il pouvait se présenter telle hypothèse spéciale où l'*au*
au lieu de défalquer fictivement son salaire, le déduisait r
des sommes qu'il avait entre les mains et dont il ne ve
qu'une partie à son commettant : c'est ce qui arrivai
l'*auctio* avait lieu *præsenti pecunia*, ou lorsque les adju
s'étaient libérés avant que le commissaire-priseur eût dé
le vendeur, soit que celui-ci lui eût accordé un term
jusqu'à la libération des enchérisseurs, soit qu'il ait v
ment attendu cette époque pour régler avec l'*arge*
convient cependant d'ajouter que, le plus souvent, l'*a*
était en avance, et qu'il payait le vendeur avant que l

(253) On trouvera, parmi beaucoup d'autres, deux exemples de ce g
tablettes datées du 12 et du 18 décembre de l'an 56 de notre ère. (
nos 15 et 16.)

reurs se fussent acquittés de leur dette. Tel était, notamment, le cas pour L. Cæcilius Jucundus (254). A cela, rien de bien surprenant, puisque, d'après le principe ci-dessus rappelé, le commissaire-priseur devait toujours payer comptant le vendeur, alors même que les adjudicataires avaient obtenu de lui des délais. Car ces attermoiements ne réfléchissaient évidemment pas contre le vendeur, qu'aucun rapport de droit ne liait aux acquéreurs, et qui leur était même complètement étranger. (Voy. *supra*, p. 67[illegible] *init.*) C'était donc uniquement dans une convention spéciale faite avec le vendeur, ou dans sa bonne volonté, que l'*auctionator* puisait la possibilité de ne pas s'acquitter sur-le-champ.

Il se pouvait, enfin, que le propriétaire vendeur fût tenu personnellement, par dérogation à la règle habituelle, de payer sa *merces* au commissaire-priseur, soit qu'il s'y fût engagé, soit que la loi lui fît une obligation d'en supporter la charge, comme la *Lex metall. Vipascensis* nous en fournit un exemple, en faisant peser sur le vendeur la *centesima* due au *conductor* (255). La condition de l'*argentarius* était ainsi rendue plus avantageuse en ce sens que, dans une semblable hypothèse, il était autorisé à en déduire le montant du prix des enchères.

Terminons, en ajoutant que les commissaires-priseurs joignaient très-souvent à leur charge une maison de banque (256). Cette coutume tenait à ce que l'*auctionator* avait besoin d'un fonds de

---

(254) La tablette n° 3, dans l'ouvrage précité de M. de Petra, nous révèle, en effet, que L. Cæcilius Jucundus remit à C. Julius Onesimus, le 10 mai 54, le produit d'une vente aux enchères qu'il fit pour son compte, alors cependant que l'adjudicataire n'était tenu de payer que le 15 juillet suivant.

(255) Linn. 1-3. La ligne 5 de la Table d'Aljustrel permet même au *conductor*, par une disposition expresse, de stipuler spécialement que la *centesima* lui sera payée. (Voy., sur cette stipulation, M. Flach, *op. cit.*, n° 33.)

(256) Scævola nous fait connaître ces *argentarii coactores*, dont presque toute la fortune était passée en avances, *qui pene totam fortunam in nominibus habebant*, et qui étaient exposés à de grandes pertes. (L. 40 § 8, *De statulib.*, D., XL, 7.) Le même jurisconsulte nous apprend que ces *argentarii* avaient des esclaves (*servi actorari*) pour opérer les recouvrements. — Voy. d'ailleurs, MM. G. Humbert, dans le *Dict.* de MM. Daremberg et Saglio, V° ARGENTARII, II, p. 408, *col. rect.*, et H. Da, *op. cit.*, n°s 102 et 103, pp. 73 *in fine* et suiv.

coulement assez considérable pour faire face aux nombreux déboursés qu'il était tenu d'effectuer, ainsi qu'aux avances qu'il avait, nous le savons, l'usage de faire. Voilà pourquoi les textes établissent très-fréquemment une synonymie, dont nous nous sommes à plusieurs reprises emparé, entre les mots *auctionator*, *argentarius* et *coactor*.

V. — *Des courtiers.*

Il exista des courtiers chez les Romains, comme chez les Grecs : c'est même à eux qu'ils empruntèrent leur nom de *proxenetæ*. Un titre très-court leur est consacré au Digeste, sous la rubrique *De proxeneticis* (L, 14). Dans les trois lois qui le composent, et qui sont tirées de trois ouvrages différents d'Ulpien (lib. XLII, *Ad Sabinum* ; lib. XXXI, *Ad Edictum* ; lib. VIII, *De omnibus Tribunalibus*), le jurisconsulte s'occupe du salaire (*proxeneticum*), du caractère de l'intervention, de la responsabilité de ces intermédiaires, connus de toutes les nations commerçantes ; nous nous contenterons de relever ces paroles finales de la loi 3, relative au *proxeneticum* et à la juridiction compétente pour connaître des demandes y afférentes : « *Sunt..... hujusmodi hominum, ut tam in magna civitate, officinæ. Est enim proxenetarum modus, qui emptionibus, venditionibus, commerciis, contractibus licitis utiles non adeo improbabili more se exhibent.* » Leur ministère semble avoir été de tout temps libre et facultatif à Rome comme en Grèce, et n'avoir pas constitué une sorte de fonction publique comme chez nous. Il est incontestable que, chez des peuples où le commerce maritime et terrestre était en honneur, comme en Grèce et en Italie, les courtiers s'entremettaient aussi bien dans les opérations de mer, que dans les opérations de terre, et que leur concours était employé pour les unes et les autres (257).

---

(257) Démosthène nous parle en termes formels de courtiers maritimes, dans le plaidoyer de Darios contre Dionysodore. (Voy. M. V. Cucheval, *Etude sur les trib.*

Ajoutons enfin que, dès une haute antiquité, on v
tarii amenés à faire office de courtiers par la sit
qu'ils occupaient : ils servaient, en effet, d'intermédi
plupart des mouvements de fonds et se trouvaie
mêlés à une foule d'opérations, dont la multiplicité
des personnages extrêmement complexes. Le Théât
nous montre déjà un *argentarius* ou *trapezita*, court
vente d'esclaves (258). Il est évident que, quand le
jouaient ce rôle, outre l'avantage qu'ils pouvaient reti
ration en y intervenant comme bailleurs de fonds ou
tions, ils percevaient un droit de commission ; mais n
rons le taux.

Tels furent, dans l'antiquité romaine, les différents
agents qui, par l'analogie de leur caractère, ou par
et quelquefois même par l'identité de leurs fonctions
daient à nos divers officiers ministériels (259).

---

athéniens et les plaidoyers civ. de Démosthène, p. 196 *in init.*, et M.
plaidoyers civils de Démosthène, t. 1, p. 340 *in init.*) — La généralité
d'Ulpien montre bien que notre assertion est en dehors du domaine

(258) *Curculio*, v. 385, 414, 440-443 et 714 = act. III, sc. 1, vers
act. v, sc. 3, vers 33. Cf. Suet., *Nero*, 5.

(259) Nous sommes resté muet, il est vrai, sur les ancêtres de nos ag
Mais cela tient à ce que si Rome, sans doute, connaissait les change
quiers, et si le *collybus* y était pratiqué (*ex. gr.*, Cic., *In Verr.*, act. II,
nous n'avons rencontré du moins dans les documents aucun officier
logue à nos agents de change actuels. — Voy. la thèse déjà citée de
que la thèse récente de M. Caillé, *Des argentarii en dr. rom.; Du*
congéable en droit français, Nantes, imp. Forest et Grimaud, 1880.

APPENDICE II.

DU PÉCULE QUASI CASTRENSE.

Nous avons consacré le § 3 de notre Chapitre I à s
rapports de nom et de condition entre l'armée et les mi
les de Rome. Ce rapprochement deviendra plus éviden
posé auquel nous allons procéder de l'extension aux fils
titulaires de *militiæ*, d'un important privilège accordé
aux seuls *filiifamilias* soldats. Nous avons nommé le
castrense concédé par la suite aux fonctionnaires civ
nom de *peculium quasi castrense*, terme destiné à co
fiction qui rapprochait la *militia inermis* de la *militia*

La puissance paternelle eut longtemps, à Rome, le
d'être absolue et illimitée, au triple point de vue de la
lité physique et civile, du culte domestique (*sacra p*
des droits pécuniaires. La législation romaine, en effet,
de l'avoir organisée telle que nous la comprenons et te
résulte des principes du droit naturel. Au lieu de se
comme le *mundium* germanique, et comme notre
paternelle actuelle, en un pouvoir de protection et d
uniquement institué dans l'intérêt de l'enfant, la *patri*
s'exerçait avec un tel degré de rigueur, qu'elle attir
pour les absorber, la personnalité tout entière, et tous
de ceux qui s'y trouvaient soumis. Son caractère ty
donc de créer « le *despotisme* paternel », pour empru
Réal l'expression dont il s'est servi dans l'exposé des
Corps législatif, du Titre de la Puissance paternelle de
civil (1). Ce sont les particularités auxquelles nous veno

(1) Fenet, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*,

allusion qui faisaient dire à Gaius et répéter à Justinien, avec une sorte d'orgueil national, que le *jus patriæ potestatis proprium civium Romanorum erat* (2).

Laissant de côté la *patria potestas*, en tant qu'elle s'exerçait sur la personne des fils de famille, nous rappellerons rapidement en l'envisageant au seul point de vue des droits pécuniaires et du patrimoine, les principaux traits par lesquels elle se distingua. Ce sera la méthode la plus sûre, pour donner une idée exacte de la théorie des pécules, spécialement du pécule *quasi castrense*, théorie dont le but fut de corriger l'un des nombreux attributs trop rigoureux de l'autorité du *paterfamilias*.

Or, considérée relativement aux biens, dans sa primitive et brutale simplicité, la *patria potestas* peut s'analyser au moyen d'une formule très-simple : les fils de famille étaient aussi incapables que les esclaves d'avoir un patrimoine. Tout ce qu'ils acquéraient était, sans distinction, acquis au père de famille dont ils dépendaient. Un progrès législatif, commencé dès le début de l'Empire, et continué cinq siècles durant, vint les dérober comme par degrés à la rigueur du principe originaire, de telle sorte que la formule a

---

(2) Gaius, I, 55 ; Inst. Just., *De patria potest.*, I, 9, § 2. Il paraît que la puissance paternelle, du caractère de laquelle nous venons de voir un jurisconsulte et un législateur se vanter avec plus de fierté que de justesse, était organisée en Gaule et chez les Galates de l'Asie Mineure d'après les mêmes principes, et avec la même énergie qu'à Rome. C'est du moins ce que constatent Jules César (*De bell. Gall.*, VI, 19) et Gaius (*loc. sup. cit.*). La même observation s'applique à la législation chinoise, qui se montre même à nous comme empreinte d'une rigueur bien autrement persisante en ce qui concerne notamment les pouvoirs des parents sur les biens de leurs enfants. (Voy. M. F. Scherzer, *La puissance paternelle en Chine*, pp. 27 et suiv., Paris, 1878.) Le droit hindou, tel qu'il est actuellement en vigueur dans les établissements français de l'Inde, se rapproche beaucoup plus du droit romain secondaire ; car, si le principe est bien que les fils acquièrent pour le chef de famille, du moins fléchit-il devant la preuve par eux fournie qu'ils ont travaillé pour leur propre compte, et avec des ressources étrangères à la masse formant le patrimoine commun. La législation hindoue déclare biens particuliers du fils et exclus de la communauté, toutes les acquisitions faites et tous les gains réalisés par lui dans l'exercice d'une industrie ou d'une profession et sans le secours des fonds communs. Elle admet également que le fils peut, du vivant de son père, posséder un pécule dont il a la libre disposition. (Voy. M. Crémazy, *Le droit Hindou actuellement en vigueur dans les établissements français de l'Inde*, dans la *Revue gén. du dr.*, 1879, pp. 21 et suiv.)

aquelle on aboutit sous Justinien, est que les *filiifami* ent en règle pour eux-mêmes, et exceptionnellemer *paterfamilias*. Mais, à l'origine, les droits du père de es biens de son fils étaient à ce point absolus, que *patria potestate* était traité comme l'esclave *in domin tate*, et que, pas plus que lui, il ne pouvait rien avoir De même que son individualité s'absorbait dans la p chef de famille, de même tout ce qu'il pouvait acquér cession, donation, legs, travail, industrie et effet du confondait dans le patrimoine du *pater* et le grossi tant (3).

L'institution des pécules vint endiguer cette absorptio ter les droits du père sur les acquisitions faites par son importante innovation, accomplie au moyen d'une ficti tant à considérer le fils de famille comme père de l'égard des biens dont se composaient les pécules cédés (4), ne fit qu'apporter des exceptions de jour en nombreuses et plus considérables à la dureté du princ tif, qui resta du reste en vigueur jusqu'aux derniers droit Romain. Aussi, tous les biens qui n'étaient pas ment déclarés devoir bénéficier de l'exception, demeu sous l'empire de la règle générale, et continuèrent-ils quence d'appartenir en toute propriété au père. Ce poi est si exactement vrai, que Justinien lui-même, à un où la théorie des pécules était parvenue à son entier pement, ne nous les présente que comme des dérogat l'importance, d'ailleurs, ainsi que nous l'avons constaté finit par emporter la règle.

La première atteinte au principe de l'acquisition au

---

(3) Gaius, II, 86, 87 et 96 ; III, 114; Ulp., *Reg.*, XIX, 18 et 19 ; Inst. Ju *pers. nobis adquir.*, II, 9, pr. et § 1.

(4) Voy., pour le *peculium castrense*, L. 2, fr. Ulp., *De SC. Macedon.* Const. 7 § 1, *Ad SC. Macedon.*, C. Just., IV, 28.

père par le fils de famille, résulta, en faveur du *filiusfamilias miles*, de l'institution du *peculium castrense*, dont la création paraît remonter au règne d'Auguste (5).

Plus tard, sous Constantin, l'assimilation des fils de famille titulaires de milices avec les fils de famille militaires, amena la concession d'un *peculium quasi castrense* (6), modelé sur le précédent.

Enfin, peu de temps auparavant, le même empereur Constantin créa les *bona adventitia* ou *peculium adventitium*, selon le langage consacré des interprètes (7). Ce pécule qui, contrairement aux deux autres, répondait à une idée générale de justice et qui était accessible non plus seulement à certaines classes privilégiées de fils de famille, mais à tous, et même aux filles de famille, fut développé par les successeurs de ce Prince (8).

Ces trois pécules ne furent pas les seuls connus du droit

---

(5) Inst. Just., *Quib. non est permiss. fac. test.*, II, 12, pr. Voy. aussi Ulp., *Reg.*, XI § 10. Le nom de *Marcus* qui se trouve intercalé dans ce dernier texte à la suite des mots *Divus Augustus*, provient d'une erreur évidente de copiste, Auguste ne s'étant jamais appelé *Marcus*. Peut-être faut-il lire *militibus*, comme on l'a parfois proposé. (Voy. M. P. Jolly, *op. inf. cit.*, pp. 14 *in fine* et suiv.) Consulter, au surplus, sur la date d'apparition du *peculium castrense*, les divers interprètes modernes des Institutes de Justinien et les nombreuses thèses de doctorat sur le pécule *castrense*. L'une d'elles, celle de M. P. Jolly, soutenue le 31 mars 1864, à la Faculté de droit de Paris, fait remonter jusqu'à Jules César la création de ce pécule, en se fondant sur la loi 1 pr., *De testam. mil.*, D., XXIX, 1, dont Ulpien est l'auteur. (Voy. p. 14.) Si tel était le sens de cette loi, Ulpien se trouverait en contradiction avec ce qu'il a lui-même écrit dans le passage précité de ses *Regulæ*. Mais une lecture quelque peu attentive du texte prouve que, dans le *principium* de la loi 1, il est question, non pas de la création du pécule *castrense*, mais des priviléges militaires en matière de testament, imaginés, en effet, par César, qui devait sa fortune à l'armée.

(6) Const. 15, *De privil. eor., qui in sacr. palat. milit.*, C. Th., VI, 35 = Const. unic., *De castr. omn. palat. pec.*, C. Just., XII, 31. — La locution *peculium quasi castrense* n'est pas employée dans cette Constitution ; mais elle se trouve dans une loi de Justinien dont nous parlerons note 10, *infra*, ainsi que dans beaucoup d'autres textes (Voy. note 20, *infra*.) On rencontre aussi des expressions analogues. (Voy. note 11, *infra*.) Nous verrons dans le § 1er ci-après, pp. 693 et suiv., que ce pécule, quoi qu'on en ait dit, n'existait pas avant Constantin.

(7) Const. 1, *De bon. mat.*, C. Just., VI, 60. Comp. *supra*, chap. III, § 2, note 200, p. 336.

(8) Les innovations par nous visées appartiennent à Arcadius et à Honorius (Const. 2, *De bon. mat.*, C. Just., VI, 60), à Théodose et à Valentinien (Constt. 1, 2 et 3, *De bon. quæ lib.*, C. Just., VI, 61 ; *junge* Const. 5, *eod.*), et enfin à Justinien (Const. 6, *eod.*)

§ 1er. — *Origine et développement du* PECULIUM QUASI CASTRENSE

Ce n'est pas au législateur romain, mû par des sentiments d'équité, mais aux Empereurs poussés par des sentiments d'intérêt personnel que furent dues les premières limitations des pouvoirs exagérés du père sur les acquisitions des fils de famille. Si le pécule *castrense* était né « des besoins et des inquiétudes du despotisme militaire, le pécule *quasi castrense* naquit des petitesses de l'esprit de cour. » (12) En réservant aux fils de famille *milites* les biens acquis sur les champs de bataille au péril de leur vie, et plus largement *occasione militiæ*, les Empereurs songèrent avant tout à s'attacher, par un de ces privilèges et de ces bienfaits accordés à l'armée avec tant de profusion, un corps imposant et redoutable dans l'Etat. L'Empire, encore de fraîche date, venait de s'établir sur les ruines de la République, et il cherchait à s'assurer le concours et l'appui des soldats. Sinon, l'armée pouvait, à un moment donné, devenir aussi dangereuse pour le souverain qu'elle lui avait été utile, et renverser du Pouvoir celui qu'elle y avait porté ou affermi. Il fallait à tout prix enchaîner son inconstance par les bienfaits, les flatteries, les faveurs ou les présents, afin de prévenir le dangereux fléau des révolutions. De là la concession du pécule *castrense*, comme la création du testament militaire et la reconnaissance de tous les privilèges des soldats en matière civile. — De même, en attribuant exclusivement, à titre de pécule *quasi castrense*, aux fils de famille, ce qu'ils acquéraient à l'occasion et par suite de l'exercice de certaines fonctions publiques à la Cour ou dans l'Empire, Constantin et ses successeurs eurent moins en vue de faire disparaître une choquante inégalité entre les *milites* et les fonctionnaires civils qui rendaient aussi de précieux et d'importants

(12) M. Accarias, *Précis de dr. rom.*, t. 1, 3e éd., p. 731, *in init.*

ervices, que d'attirer autour d'eux des fidèles dans
ultiples de la nouvelle cour de Constantinople, et
eur docilité et leur dépendance.

Si c'est probablement à l'empereur Auguste, comm
ons dit, qu'est due la création du pécule *castrense*,
nent du IVe siècle de notre ère, du règne de Constant
l'institution du pécule *quasi castrense* (13). Ce point
n'est pas unanimement reconnu.

Des auteurs considérables (14) ont fait remonter l'e
ce pécule à l'époque de la jurisprudence classique. Ils
dés sur la présence, dans le Digeste, d'un certain nombr
appartenant tous à Ulpien, qui mentionnent, en effet, l
quasi castrense à côté du *peculium castrense* (15), po
que le premier de ces pécules était déjà connu au te
jurisconsulte. Nous avons même rencontré une opinion
jusqu'à l'empereur Hadrien la naissance du pécule
trense (16). Elle se fonde sur un texte de Papinien, da
est question, il est vrai, d'une décision prise par ce Pri

Ces deux systèmes peuvent être écartés sans la mo
culté.

D'abord, la loi de Papinien, qui signale une décision
n'a rien à faire dans le débat, par la raison péremptc
ne se réfère en aucune façon au pécule *quasi castr*
ce que disait déjà Pothier, en examinant sur le t
livre XLIX des Pandectes (*De castrensi peculio*) la qu
nous occupe : « *An jure Pandectarum jam recep*

(13) Voy. la citation de la note 6, *supra*.

(14) Voy. notamment M. Ortolan, *Explic. hist. des Instituts*, 10e éd
p. 409. Cet auteur est moins affirmatif, dans cette édition posthume, qu
cédentes. Voy., en particulier, la 7e éd. de 1863, *locc. citt.*

(15) Ces textes sont les suivants : L. 32 § 17, *De donat. int. vir. et*
L. 1 § 6, *Ad SC. Trebell.*, XXXVI, 1 ; cf. L. 16 § 12, *eod.* ; L. 3 § 5, *D*
XXXVII, 1; L. 1 § 15, *De collat.*, *eod.*, 6 ; L. 7 § 6, *De donat.*, XXXIX

(16) Voy. MM. de Vangerow, *Lehrb.*, t. 1, § 235, et P. Van Wetter,
dr. Rom., 2e éd., t. 2, p. 313, § 591, 2e, Gand, 1876.

(17) L. 50, *Ad SC. Trebell.*, D., XXXVI, 1.

Quant aux divers fragments d'Ulpien que nous avoi
plus haut, Pothier (*eod.*), après les avoir cités, y répo
sant : « *Hi textus a Triboniano interpolati esse po*
credit Balduinus » ; et il répétait en particulier, en
dans d'autres parties de son ouvrage de quelques-uns
tes (18) : « *Hæc verba « quasi castrense » addita,*
sunt a Triboniano. » L'interpolation, en effet, n'est pa

Ce qui le prouve, c'est que, dans trois de ces lois (1
sente le pécule *castrense* et le pécule *quasi castre*
pouvant, l'un et l'autre, faire l'objet d'un testament de
fils de famille. Or Tribonien a certainement eu une dis
ajoutant la mention du *peculium quasi castrense* à cé
du *peculium castrense :* car il semble bien avoir
tandis que le droit pour un *filius in potestate* de tester
castrensi remontait à Auguste (20), le droit de tester n'a
d'une façon générale aux fils de famille, quant à leur p
castrense, que par son propre maître Justinien (21) ; de
qu'il est pour le moins bizarre de faire parler d'une fa
par Ulpien de testaments relatifs au *peculium quasi*
qui n'ont été possibles que trois siècles après sa mort.

L'interpolation n'est pas moins manifeste pour les au
qui ont trait aux donations ou au rapport. Il suffit, p
montrer, de remarquer que le Digeste met, à ce doubl
vue, les deux pécules exactement sur la même ligne ;
vraiment singulière, il n'indique nulle part, comme il a
de le faire pour le pécule *castrense*, de quels biens se

---

(18) L. 32 § 17, *De donat. int. vir. et ux.* ; L. 1 § 15, *De collat.*
donat.

(19) L. 1 § 6, *Ad SC. Trebell.*; L. 3 § 5, *De bon. possess.*; L. 7 § 6, *D*

(20) Ulp., *Reg.*, XX, § 10; Inst. Just., *Quib. non est permiss. fac. tes*

(21) Const. 37, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28 ; Const. 12, *Qui test*
eod., VI, 22 ; § 6, *De milit. testam.*, Inst., II, 11. Voy., sur ces textes,

peculium quasi castrense, et à quelles personnes il
C'est là un défaut d'ensemble et de méthode, dont U
nement ne se serait pas rendu coupable. Ajoutons que
dans l'interpolation, un défaut de perfection, que Trib
avoir pris plaisir à mettre en relief pour épargner à l'i
difficultés de la découverte.

Enfin, ce qui l'accuse une fois encore, c'est que to
de l'époque classique, qui sont demeurés en dehors d
tions de Justinien, et ont ainsi échappé aux retou
commissaires, *Commentaires de Gaius, Sentences*
Règles d'Ulpien, sont complètement muets sur le p
castrense (22). Cette remarque nous frappe beaucou
tenons pour absolument certain que ces trois juriscon
raient pas manqué de le citer à côté du pécule *castren*
existé de leur temps en faveur des fils de famille ; Ulpi
ment, l'aurait mentionné dans ses *Regulæ*, s'il en avai
ses autres ouvrages dont sont extraits les fragments f
le Digeste nous en a transmis.

Remarquons, en dernier lieu, que le style dans leque
la Constitution de Constantin décèle à lui seul, comme c
bientôt, une innovation législative.

Concluons donc que l'institution du *peculium quas*
ne date que du Bas-Empire. Constantin l'institua pou
famille titulaires de milices palatines, *palatini*, c'est-à
pant un office, ou un emploi dans le palais de l'Empe

(22) Ce n'est pas à dire qu'il n'en n'existe pas, jusque dans le Digest
sulte Ulpien lui-même qui soient dans le même cas, parce qu'on a
oublié de les remanier, et dans lesquels la mention de pécule *castren*
(*Ex. gr.*, L. 10 § 2 *in fine*, *De fidejuss.*, XLVI, 1.)

(23) Voy. en notre sens : MM. Demangeat, *Cours élément. de dr. R*
p. 587 *in fine* ; Accarias, *op. cit.*, t. 1, p. 730 ; R. de Couder, *Résumé*
écrites de dr. rom., 3e éd., p. 181 *in fine*, et le général Favé, *L'ancien*
Comp. MM. Walter, *op. cit.*, t. 2, § 540, p. 150, et Maynz, *op. cit.*, t. 3,
Ce dernier auteur, tout en reconnaissant la probabilité d'une interpolatio
précités d'Ulpien, a le tort de fonder son assertion sur ce que « la con
ncienne relative au pécule quasi-castrans ne remonte pas au delà d'l

naires, dignitaires ou employés, de ce même privilège, auquel Justinien donna son entier développement en établissant sa complète assimilation avec le pécule *castrense*.

Le 10 des Kalendes de juin de l'année 326, selon le Code Théodosien, ou 320, suivant le Code de Justinien, Constantin rendait au profit de tous les fils de famille *palatini* une Constitution (24) dont voici la teneur (25) : « *Omnes palatinos, quos edicti nostri jam dudum certa privilegia superfundunt, rem, si quam, dum in palatio nostro morantur, vel parcimonia propria quæsierint, vel donis nostris fuerint consecuti, ut castrense peculium habere præcipimus. Quid enim tam ex castris est, quam quod nobis consciis, ac prope sub conspectibus nostris acquiritur? Sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signis nostra comitantur, qui præsto sunt semper actibus, quos intentos eruditis studiis itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet. Ideoque palatini nostri, qui privilegiis edicti uti potuerint, peculia sua præcipua retineant, quæ, dum in palatio constituti sunt, aut labore, ut dictum est, proprio, aut dignatione nostra quæsiverint.* » N'est-ce pas là le langage d'un empereur qui innove, plutôt qu'il ne confirme, et qui ajoute le nouveau privilège de posséder un pécule, aux autres prérogatives dont les fils de famille *palatini* avaient déjà été gratifiés ? Cette remarque n'est pas sans importance ; car, si l'on en croyait Justinien, et si l'on s'en reposait trop aveuglément sur les textes que son Code nous a légués, l'institution du pécule *quasi castrense*, bien qu'appartenant toujours à Constantin, serait néanmoins d'une origine antérieure à celle que nous venons de lui voir assignée par le texte précédent, et aurait, en réalité, été créée dès l'an 319 de notre ère. Il existe, en effet, dans son recueil, une

---

(24) Const. 15, *De privileg. eor., qui in sacr. palat. milit.*, C. Th., VI, 35, 15. Gothof., et Hænel, note t; Const. unic., *De castr. omn. palat. pec.*, C. Just., XII, 31.

(25) Nous la transcrivons d'après la leçon du Code Théodosien, éd. Hænel.

Constitution portant cette date, et dans laquelle il e
le pécule *castrense,* accordé à de nombreux fonctio
Mais l'interpolation des mots *et habeant castrense pe*
cés à la fin du texte, éclate avec une entière évide
prend soin de jeter les yeux sur l'original de cette m
tution qui se trouve au Code Théodosien (27). Si l'on
deux textes, on apercevra sans peine que le véritable
loi du Code de Justinien est, non plus Constantin, mai
qui n'avait pas toujours, il faut en convenir, l'art de
retouches avec habileté et discrétion. Il ne s'est p
d'opérer des remaniements à la Constitution primitive
vestissant la pensée de Constantin, de faire concéd
empereur un pécule *quasi castrense* dont il ne disa
mais il l'a de plus mutilée, en lui faisant subir de nomb
pures qui suffisent bien à révéler le défaut d'authentic

Un siècle environ après la création du *peculium quas*
le 10 des Kalendes d'avril 422, Honorius et Théodos
rent sa première extension. Elle fut faite en faveur des
tous les barreaux et des assesseurs du Préfet du Prétoir
Constitutions adressées le même jour à Eustathius, alo
tus Prætorio (29).

Dix-sept ans plus tard, le 3 des Kalendes de janvier
dose et Valentinien confirmèrent aux avocats qui exe
les barreaux du Préfet du Prétoire et du Préfet de la
vilège de posséder un pécule *quasi castrense*, tout en
dant la nouvelle faveur d'y faire entrer, non-seulem
l'avaient dit précédemment Honorius et Théodose, « q

(26) Const. 2, *De privil. eor. qui in sacr. palat. milit.*, XII, 29.

(27) Const. 3, *De privil. eor. qui in sacr. palat. milit.*, VI, 35, *ibiq.*

(28) Dans le § 1er de la loi du Code Théodosien, il s'agissait, non pas
si castrense, mais bien du *peculium castrense* acquis au service milit
de famille.

(29) Voy. pour les avocats : Const. 6, *De postul.*, C. Th., II, 10 = Con
divers. judicior., C. Just., II, 7 ; et pour les assesseurs du Préfet du Pré
De assessor., C. Th., I, 35 (?) = Const. 7, *De adsessor.*, C. Just., I, 51.

tout ce qu'ils acquerraient, à quelque titre que ce fût, pendant l'ex
cice de leurs fonctions : « ... *jubemus... omne..., quod togatis f*
celsitudinis tuæ », écrivent-ils au Préfet du Prétoire Cyrus, « *q*
libet casu, quolibet adquiritur titulo, quasi castrense sibi
vindicare : nec patribus, nec avis paternis earum rerum com
dum acquirere, legis istius auctoritate decernimus. His omni
etiam ad urbicariæ præfecturæ advocationem trahendis. »
Cette concession quant à la composition du pécule *quasi castren*
renouvelée par les mêmes empereurs en 442 (31), est fort rem
quable ; car elle tendait à le faire écarter du pécule *castrense*
ne s'est jamais composé que de ce que le *filiusfamilias mi*
avait acquis à l'occasion du service de l'armée, et que des seu
acquisitions qu'il n'aurait point réalisées, s'il n'avait pas été sold
qu'il ne devait, en un mot, qu'à son titre. Nous retrouverons, da
la suite, d'autres exemples de cette transformation du pécu
quasi castrense (32).

Continuant toujours à se développer, le *peculium quasi ca*
trense reçut une troisième extension de la part des mêm
empereurs Théodose et Valentinien en faveur des divers officie
et employés remplissant leurs fonctions auprès du Préfet du Pr
toire (*præfectiani*), ainsi qu'il résulte d'une Constitution par e
adressée à Zoïle, *Præfectus Prætorio* (33).

Le 5 des Kalendes d'avril 469, les évêques, prêtres et diacres
virent à leur tour accorder un pécule *quasi castrense* par les em
pereurs Léon et Anthemius (34).

---

(30) Const. 8, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7.

(31) Novell. Valentin. III, tit. II, *De postul.*, Const. 2 § 4.

(32) Voy. notamment les trois textes suivants : Const. 34, *De episcop. et cleri*
C. Just., I, 3 ; Const. 7, *De bon. quæ lib.*, *eod.*, VI, 61 ; Novell. CXXIII, cap. xix.

(33) Const. 6, *De castr. pec. milit. et præfectian.*, C. Just., XII, 37. Cette Consti
tion n'est pas datée ; mais on peut lui assigner la date de 444, que porte une au
Constitution adressée par les mêmes empereurs au même Préfet du Prétoire. (Const. I
De adsessor., C. Just., I, 51.) Elle doit être, en outre, rapprochée de la Constitution
De apparit. præf. præt., C. Just., XII, 53, toujours émanée des mêmes princes
envoyée au même préfet. (Voy. Cujas, *Opp.*, t. 8, col. 397, *sub Const.* 6 précitée.)

(34) Const. 34, *De episc. et cleric.*, C. Just., I, 3. Il convient de remarquer, au

De son côté, Anastase fit, le premier janvier de l'
onstitution dans laquelle il est question de pécule *qua*
our les fils de famille *silentiarii* (35). Mais il est peu
emander s'il y a véritablement là création, ou s'il n'y
lutôt une simple confirmation d'un privilège antérieu
royé. Les termes dont se sert l'empereur feraient inc
première opinion; mais ce qui milite puissamment en f
seconde, c'est que les *silentiarii*, nous le savons, étaie
de milices vénales, et exerçaient leurs fonctions dans l
périal, sous les ordres du *præpositus sacri cubicul*
ainsi titulaires de milices palatines, ils devaient déjà,
500, avoir reçu de la faveur impériale la concession d
quasi castrense, puisque Constantin en avait accordé
depuis longtemps *omnibus palatinis*, comme nous l'av
n'est là, d'ailleurs, qu'une question de détail, sans gra
tance.

Nous arrivons, de la sorte, au règne de Justinien. Ce
un certain nombre de décisions relatives au *peculium*
trense.

La première en date est du 12 des Kalendes d'avr
constitue un nouveau cas de ce que l'on pourrait appele
tion du pécule *quasi castrense*. Elle accorde, en effet,
famille, lors bien qu'ils n'occuperaient aucune fonctio
et même aux filles de famille, la faveur de posséder,
toutes les donations mobilières ou immobilières qui le
faites par l'empereur ou par l'impératrice (36).

Dans les années suivantes, d'autres Constitutions d

---

de cette Constitution, sur laquelle nous aurons à revenir, à propos des
position des fils de famille sur leur pécule *quasi castrense*, que les évêq
par la force des choses, d'avoir un pécule de ce genre, à partir du jou
par le chap. III de la Novelle LXXXI, mit l'élévation d'un fils de famil
de l'épiscopat, au nombre des fonctions qui le libéraient de la puissanc

(35) Const. 5, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16.

(36) Const. 7, *De bon. quæ lib.*, C. Just., VI, 61.

firent d'importantes concessions aux possesseurs de pécule qu *castrense*. Il accorda, notamment, à tous, la faculté de disposer testament des biens qui le composaient, faculté qui n'avait j qu'alors existé que pour quelques personnes privilégiées; et, c ronnant ainsi l'œuvre d'assimilation entre ce pécule et le p *lium castrense*, il consomma, sur ce point, l'analogie jus là incomplète entre ces deux pécules. Il disposa également les testaments des fils de famille relatifs à leur pécule *quasi trense* seraient à l'abri de la *querela inofficiosi testamenti*. N n'avons au surplus qu'à mentionner ici ces diverses Constituti sur lesquelles nous reviendrons dans notre troisième para phe (37).

Après avoir confirmé la Constitution de Léon et d'Anthemius accordait aux évêques, prêtres et diacres, le droit d'avoir un cule *quasi castrense*, et d'en disposer même par testament, Ju nien y ajouta la faveur de soustraire leurs actes de dernière lonté à la *querela inofficiosi testamenti* (38); mais, revenant p tard dans ses Novelles sur cette législation, il lui apporta une c taine extension et une certaine restriction. En effet, dans le cha tre 19 de sa Novelle CXXIII, il confirma de nouveau les privilèg des prêtres et des diacres (il ne pouvait plus être question des é ques depuis la Novelle LXXXI; voy. note 34, *supra*); puis, il concé un pécule *quasi castrense* à tous les autres clercs (*subdiacon cantores*, *lectores*), avec le droit de tester, mais il les soumit to à l'observation de la légitime.

---

(37) Const. 37, *De inoff. testam.*, C., III, 28; Const. 12, *Qui testam. fac. poss.*, c VI, 22; § 6, *De milit. testam.*, Inst., II, 11. Dans le § 6 des Institutes, Justinien rena à une Constitution : or, il en a rendu deux, citées au début de cette note. Nous pens qu'il fait plutôt allusion à la loi 37 qu'à la loi 12, qui est moins longue et moins d veloppée. Mais, si on rapproche ces deux Constitutions, on se trouve en présen d'une énigme insoluble. La loi 12, datée du 3 des nones de décembre 531, fait remon la faculté générale de tester sur le pécule *quasi castrense* à la loi 37 : or, cette d nière loi est datée du 1er septembre 532. Il y a donc une erreur évidente de da dans la Constitution 12. Ce qui est certain, c'est qu'elle est postérieure à la Constit tion 37. Seulement, en quelle année a-t-elle été exactement rendue? Il est impossib de le dire.

(38) Const. 50, *De episc. et cleric.*, C., I, 3.

En résumé, on peut dire d'un seul mot que, sous Ju
es fonctionnaires rétribués par l'Etat purent avoir un
castrense.

Telles sont, brièvement résumées, les diverses pha
tion, de développement et de transition que travers
création, le *peculium quasi castrense*. Détaillons-en r
grands traits la composition, que nous rapprocherons
de celle du pécule *castrense*.

§ 2. — *Des biens dont se composait le* PECULIUM QUASI C

Au point de vue de sa composition, le pécule *quasi c*
pas eu une complète analogie avec le *peculium castren*
au milieu des différentes extensions qu'il reçut succ
et dont nous avons retracé l'historique, on a déjà dû
que divers biens, quoique non acquis par suite ou à l'
l'exercice de certaines fonctions publiques, étaient
compris dans le pécule *quasi castrense*, par le résultat
de transformation ou de déviation dont les empereu
bénéficier.

Les Romains avaient défini de la sorte le pécule
« CASTRENSE PECULIUM *est... quod ipse filiusfamilias i*
quisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset
erat et sine militia adquisiturus, id peculium ejus ca
est. » (39) Confirmant les paroles de Macer, Paul avai
côté avec plus de concision : « *Castrense..... peculiu*
in castris adquiritur... » (40) Ces définitions, dues à d
sultes, cadraient avec celle qu'avait donnée le poète :

« ..... *Quæ sunt parta labore*
« *Militiæ, placuit non esse in corpore census,*
« *Omne tenet cujus regimen pater.* » (41)

(39) L. 11, fr. Macer, *De castr. pecul.*, D., XLIX, 17.
(40) *Sentent.*, III, 4, § 3.
(41) Juven., *Sat.*, XVI, *Militiæ commoda*, vers 52 et suiv.

En d'autres termes, le pécule *castrense* se composait de ce que le fils de famille avait pu acquérir comme militaire et n'aurait point acquis sans cette qualité (42).

Il ne suffirait cependant pas, si l'on veut avoir du pecu *quasi castrense* une idée nette et précise, de lui ad comme le fit Loyseau pour la citation de Juvénal (43), l'un l'autre des définitions précédentes, lors bien que l'on entendra mots *militia* et *militare* dans le sens que nous leur avons rec quand ils étaient appliqués aux milices (44). Car si, primitiver le pécule *quasi castrense* fut institué en faveur des titulair *militiæ venales*, pour leur conserver en propre les seules acq tions qu'ils avaient faites par suite ou à l'occasion de leurs fonc et qu'ils n'auraient point réalisées sans cela (45), sous Justi deux importantes différences séparent les deux pécules :

D'une part, en effet, le *peculium quasi castrense* se tr accordé à des personnes non titulaires de milices, telles les évêques, les prêtres, les diacres, sous-diacres, etc. ainsi qu'à tout donataire, *filius* ou *filiafamilias*, de l'Empereur de l'Impératrice (47) ;

D'un autre côté, il comprend, même pour les titulaires milices, non-seulement les acquisitions dues à l'exercice de le fonctions (48), mais encore toutes les acquisitions faites pend cet exercice, de quelque nature qu'elles soient, de quelque sou qu'elles proviennent (49), et qu'ils auraient réalisées, lors bi qu'ils n'auraient point été fonctionnaires, telles, par exemple, q les acquisitions résultant de l'ouverture d'une succession *intestat*.

---

(42) Le titre 17 du livre XLIX, au Digeste, *De castrensi peculio*, est consacr déterminer la composition du pécule *castrense*.

(43) *Op. cit.*, liv. I, chap. I, nos 50 et 51.

(44) Voy. chap. I, § 3, pp. 368 *in fine* et suiv.

(45) Const. unic., *De castr. omn. palat. pec.*, C. Just., XII, 31.

(46) Novell. CXXIII, cap. XIX.

(47) Const. 7, *De bon. quæ lib.*, C. Just., VI, 61.

(48) Const. 4, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7.

(49) Const. 8, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7; Novell. CXXIII, cap. XI

Enumérons, maintenant, les divers objets dont se
pécule *quasi castrense*, en établissant un parallèl
naire avec ceux que comprenait le *peculium cast*
pornerons cette comparaison aux choses rentrant
autre pécule, qui présentaient entre elles quelque re

Le pécule *castrense* se composait d'abord des
réalisées sur la solde et sur les bénéfices dans le buti
des récompenses ordinaires ou extraordinaires, des
largesses de la part des généraux à ceux qui avaie
mérité ; de l'argent recueilli à la suite d'une distributi
un général qui devait obtenir les honneurs du trio
terres attribuées aux soldats après confiscation ou co
donativum munus, ou don de joyeux avènement, a
l'Empereur à l'armée (50), etc., etc.; ensemble, des lib
toutes sortes, faites aux fils de famille en considérati
qualité de militaires. — Le pécule *quasi castrense* co
tour les divers émoluments et bénéfices accordés aux *fi*
comme rémunération de leurs services dans les fo
eux remplies dans les différentes parties de l'adm
impériale. C'est ainsi que Constantin (51) fit entrer dan
de tous les fils de famille *palatini* les économies réalisé
sur leur traitement, et les dons du prince qui voula
favoriser et les récompenser, et qui trouvait, dans c
générosité intéressée, un moyen facile de se les at
même, Honorius et Théodose mirent dans le pécule
trense des fils de famille avocats, les honoraires qu'ils
de leurs clients, et tous les gains et profits qu'ils pou
de l'exercice de leur profession (52). Anastase, dans s

(50) On sait quel rôle joua ce *donativum munus* dans l'histoire de l'E
Offert aux soldats par l'Empereur à son arrivée au Pouvoir, il constituai
cipe, un don purement volontaire. Plus tard, il fut exigé par la so
mettait ainsi le trône aux enchères.

(51) Const. unic., *De castr. omn. palat. pec.*, C. Just., XII, 31.

(52) Const. 4, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7. Voy. aussi,
sores du Préfet du Prétoire, Const. 2, *De assessor.*, C. Th., I, 35 (f) =
adsessor., C. Just., I, 51.

tion relative aux *silentiarii*, fit de même à leur égard (53). Enfin en accordant à tous les fils de famille le droit de tester *de peculio quasi castrensi*, Justinien mentionne également les mêmes choses, comme étant comprises dans ce pécule (54).

Le pécule *castrense* comprenait encore ce que le fils de famille recevait même de ses parents, pour subvenir à ses besoins pendant le service militaire (55). De même, le *peculium quasi castrense* comprenait des subventions analogues accordées aux fils de famille, titulaires de milices (56).

C'est ici le lieu d'examiner la question de savoir si la milice vénale elle-même entrait dans le pécule *quasi castrense* quant à sa valeur. D'après ce que nous avons dit au sujet de la première des deux hypothèses particulières de donations de milices (pp. 56 et suiv.), il est facile de voir que nous tenons pour l'affirmative. Notre système, toutefois, n'est pas universellement admis, et notamment à propos de la milice léguée au fils de famille *in potestate* (57), certains auteurs ont soutenu que ce legs devait tomber dans ce qu'ils appellent le pécule adventice extraordinaire (58). Il nous semble, quant à nous, plus logique de faire entrer dans le pécule *quasi castrense* la milice vénale que l'on peut considérer comme le principal, de même que l'on y comprend, sans contester, tous les bénéfices qu'elle procure, et qui ne sont, pour ainsi dire, que l'accessoire. N'y aurait-il pas défaut d'homogénéité dans la législation romaine, si elle avait fait tomber la *militia* dans le pécule adventice et ses produits dans le pécule *quasi castrense?* Si l'on songe, d'ailleurs, que les milices furent de bonne heure vénales et que le pécule adventice ne comprit que sous Justinien toutes les

(53) Const. 5, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16.

(54) Const. 37 pr., *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28.

(55) Paul., *Sentent.*, III, 4, § 3; LL. 3, fr. Ulp., 4 pr., fr. Tertyllianus, 11, fr. Macer. *De castr. pecul.*, D., XLIX, 17; Const. 1, *De castr. pec. milit.*, C. Just., XII, 37.

(56) Const. 5, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16.

(57) L. 3 § 7, fr. Ulp., *De minor. XXV ann.*, D., IV, 4.

(58) Voy. MM. P. Doyen, *Thèse de doctorat*, soutenue à Paris le 13 juillet 1867, p. 39, et L. Gaudineau, *Thèse de doctorat*, soutenue à Paris le 8 nov. 1871, pp. 6 *in fine* et suiv.

:quisitions faites *aliunde quam ex re patris,* c'est-à-
ıens qui n'étaient ni *castrensia* ni *quasi castrensia* et
e devait pas à la libéralité de son père (59), on peut
uestion de savoir dans quel autre pécule que le p
astrense on aurait, depuis Constantin, et jusqu'à Justi
es *militiæ venales* appartenant aux *filiifamilias* et
ıant de personnes étrangères à leur famille. On ne le

Un seul point est, à vrai dire, fort embarrassant, et
ıvoir, jusqu'ici, préoccupé aucun interprète. C'est celu
à quel titre, jusqu'à la création du pécule *quasi ca*
Constantin, le legs de la milice était, comme nous
(p. 593), réservé en propre au fils de famille, dè
classique, au temps d'Ulpien. Il n'existait alors, avec
profectice qui est hors de question, puisqu'il appartena
de famille, qu'un seul pécule, le pécule *castrense*, don
tion même s'opposait à ce qu'on y comprît la milice vé
avons, il nous faut l'avouer, vainement cherché la solutic
difficulté. C'est à peine si, nous en tenant aux principes
du droit, nous nous permettrons de hasarder la conj
vante : Il est fort possible que l'exercice de la milice
seul assuré exclusivement au fils de famille légataire,
que le *paterfamilias* n'aurait pu en faire investir une
sonne, mais que le père de famille vît entrer dans son
et la valeur de la milice, et les bénéfices qu'elle proc
fils titulaire (60).

Le pécule *castrense* comprenait encore toutes les a
mobilières et immobilières que le fils de famille ava
personnes dont il n'aurait rien reçu ou rien recueilli
point été *miles* (61), telles, en particulier, que les « *l*
eorum qui non alias noti esse potuerunt, nisi per mi

(59) Const. 6, *De bon. quæ lib.*, C. Just., VI, 61.

(60) M. de Tourville s'était prononcé en notre sens, dans toute la ma
venons de traiter, pp. 163 et suiv. de son manuscrit.

(61) Const. 4, *Famil. ercisc.*, C. Just., III, 36.

sionem : etiamsi res immobiles in his erunt. » (62)

Quant au pécule *quasi castrense*, il comprit quelquefois d'autres biens que ceux que le titulaire d'une milice ou d'une fonction publique n'aurait pas acquis, s'il n'avait pas exercé ces fonctions (63). Ainsi, nous avons déjà signalé les deux Constitutions des empereurs Théodose et Valentinien, qui firent entrer dans le pécule des avocats du Préfet du Prétoire et du Préfet de la ville non-seulement « *quicquid ex hujusmodi professione, vel ipsa occasione quæsierint* », comme l'avaient décidé Honorius et Théodose pour les avocats de tous les barreaux (64), mais même tout ce qui leur adviendrait, à un titre quelconque, pendant l'exercice de leur profession : « *omne..., quod togatis... quolibet casu quolibet adquiritur titulo.* » (65) Nous avons vu également que Léon et Anthemius, en ce qui concerne les évêques, les prêtres et les diacres, n'établirent aucune distinction dans les acquisitions faites depuis l'entrée de ces personnes dans leurs fonctions ecclésiastiques ; la Constitution, en effet, comprend dans leur pécule *quasi castrense* « *ea quæcunque in eodem clericatus gradu locoque viventes acquirere, et habere potuerint.* » (66) Enfin, lorsque Justinien étendit ce pécule aux autres clercs (67), il ne distingua pas davantage l'origine de leurs acquisitions : « *res quolibet modo ad eorum dominium venientes habere sub sua potestate præcipimus, ad similitudinem castrensium peculiorum.* »

Mais, là où la composition du pécule *quasi castrense* s'éloigna le plus de celle du *peculium castrense,* c'est lorsque Justinien concéda à titre de pécule *quasi castrense* à toute personne, investie ou non d'une fonction publique, puisque sa faveur s'éten-

---

(62) Const. 1, *De castr. pec. milit.*, C. Just., XII, 37.
(63) Const. 5, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16.
(64) Const. 4, *De advoc. divers. judicior.*, C. Just., II, 7.
(65) Const. 8, *eod. tit.*; Novell. Valentin. III, tit. II, *De postul.*, Const. 2 § 4.
(66) Const. 34, *De episc. et cleric.*, C. Just., I, 3.
(67) Novell. CXXIII, cap. XIX.

lait même aux filles de famille, toute donation, i
mmobilière, reçue de l'Empereur ou de l'Impératrice

Il est, enfin, deux cas d'acquisition au pécule *cas*
l n'est pas formellement question dans les textes
pécule *quasi castrense*, mais qui, très-certainement
appliquer ; car, non-seulement nous voyons les docum
l'assimilation des deux pécules jusqu'à appeler parfo
castrense tout court le pécule *quasi castrense* (69), m
les éléments qui entraient dans la composition de
pécule étaient plus nombreux que ceux qui faisaie
premier, puisqu'il n'embrassait pas seulement tout c
vait contenir, *mutatis mutandis*, le *peculium*
mais même, en vertu de dispositions spéciales, d'au
que ce dont se composait ce pécule. Nous voulons p
la réunion *peculii rebus* de certains objets ou droit
suite d'accession ou de consolidation (70), soit par l'
acquisition *ex re castrensi* (71) ; et 2° de la constitutio
tive d'un pécule au père de famille qui se donnait en
militiæ tempore vel post missionem, et portant sur tou
aurait, *ab initio*, constitué un pécule *castrense*, si, lors
sition *in militia*, il se fût déjà trouvé *in patria potesta*

Connaissant, à présent, la composition du *pecui*

---

(68) Const. 7, *De bon. quæ lib.*, C. Just., VI, 61.

(69) C'est ce qui a lieu, notamment, dans la rubrique du titre 31
C. Just., *De castrensi omnium palatinorum peculio*, et dans une préte
tion de Constantin, où les mots *et habeant castrense peculium*, qui c
interpolation, sont synonymes de *quasi castrense peculium*. (Const. 2, .
qui in sacr. palat. milit., C. Just., XII, 29. — Voy. *supra*, pp. 696 *sul*
On peut rapprocher de ces textes les Constt. 5, *De silentiar.*, et 6, *De c*
C. Just., XII, 16 et 37.

(70) L. 15 § 4, fr. Papin., *De castr. pec.*, D., XLIX, 17.

(71) LL. 15 § 3, 18, fr. Mæcianus, et 19 § 1, fr. Tryphoninus, *eod. ti*

(72) L. 4 § 2, fr. Tertyllianus, *eod. tit.* Ce texte est ainsi conçu : « *
lias militiæ tempore, vel post missionem, adrogandum se præbuerit :
ne huic quoque permissa intelligatur earum rerum administratio, q
gationem in castris adquisierit : quamvis constitutiones principales de
qui ab initio cum essent filiifamilias, militaverint : quod admittendu

castrense, nous avons à rechercher quels droits avaient sur le père et le fils de famille.

§ 3. — *Des droits du* PATERFAMILIAS *et du* FILIUS IN POTESTATE *sur le* PECULIUM QUASI CASTRENSE.

L'institution des pécules *castrense* et *quasi castrense* eut pour but et pour effet de constituer au fils de famille une sorte de patrimoine propre, se composant de certaines acquisitions soustraites par une disposition législative formelle à l'autorité du *paterfamilias.*

Pour arriver à rendre efficace le résultat cherché dans la création du *peculium castrense,* en accordant au *filius in potestate* les droits les plus absolus à son égard, et à respecter en même temps le principe qu'un *paterfamilias* pouvait seul être propriétaire, on n'avait pas déclaré, ce qui avait lieu en fait, que le fils de famille était propriétaire de son pécule, mais, recourant à une fiction destinée à caractériser d'une manière énergique les droits qu'il possédait sur les *bona castrensia,* on disait qu'à leur égard, il était réputé *paterfamilias.* Ulpien formule très-nettement cette théorie dans un texte où la fiction est mise en lumière d'une façon très-claire : « *Filiifamilias* », y lisons-nous, « *in castrensi peculio vice patrumfamiliarum funguntur.* » (73) C'est ainsi que l'on parvint à concilier les nécessités d'une institution naissante avec le respect des traditions.

Dès lors, le fils de famille, possesseur d'un pécule *castrense,* revêtit dans la vie civile une double personnalité, une personnalité mixte, et joua un double rôle sur la scène juridique. Abstraction faite de son *peculium castrense,* il continua d'être dans la situation toute de dépendance que la loi romaine primitive lui avait faite vis-à-vis de son *pater*, et qui alla s'atténuant de plus en

---

(73) L. 2, *De SC. Macedon.*, D., XIV, 6.

lus, par la création, sous le Bas-Empire, à côté du
rense, des deux pécules *quasi castrense* et adventic
u contraire, on envisage le *filius in potestate* à
peculium castrense, on le voit investi d'une personnal
ndépendante de celle du père de famille, et jouir
droits, ou à peu près, d'un *paterfamilias*. En effet, i
dant sa vie, à l'exclusion du père, un droit absolu de
sur son pécule; maître de l'administrer à sa guise
l'aliéner par disposition à titre onéreux ou gratuit
exercer toutes les actions qui en dépendaient, en
d'un testament, du moins depuis Hadrien; un seul
défaut jusqu'à Justinien : celui d'avoir sur ce pécule d
ab intestat. Ce fut là la seule limitation mise en fave
aux droits du fils sur son pécule *castrense*, le pa
ayant le droit de reprendre *jure peculii*, comme nous
dans la seconde section de ce paragraphe, le pécule d
n'avait pas disposé par testament.

Lorsque fut créé le pécule *quasi castrense*, une th
blable s'appliqua. Le nom même de ce pécule indique
cipe il était régi par des règles analogues à celles
castrense. Une seule différence l'en sépara, dans le
rieur à Justinien : c'est que la faculté d'en disposer par
était un privilège réservé à certains fils de famille plus
que d'autres aux yeux des empereurs (74).

Comme il existe des textes, parmi ceux-là mêmes qu
à déclarer le pécule *quasi castrense* institué *ad simili*
ad imitationem peculii castrensis (75), qui accorden
ment à son possesseur les droits dont jouissait le fils
sur le pécule *castrense* (76), nous devrons, en thès

(74) Const. 37 pr., *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28; Const. 12, *Q*
poss., *eod.*, VI, 22; § 6, *De milit. testam.*, Inst., II, 11.

(75) Const. 7, *De bon. quæ lib.*, C. Just., VI, 61; Const. 37 § 1 *in*
testam., *eod.*, III, 28.

(76) Const. 7, *De bon. quæ lib.*, précitée. *Junge :* Const. 5, *De silen*
XII, 16; Const. 6, *De castr. pec. mil.*, *eod.*, 37.

reconnaître à l'un et à l'autre les mêmes prérogatives sur ces deux sortes de patrimoines, en réservant toutefois les exceptions contenues dans des dispositions spéciales. Pareillement, nous concéderons au *paterfamilias,* sauf dispositions contraires, les mêmes droits, d'ailleurs fort restreints, sur le pécule *quasi castrense* de son fils, que sur son pécule *castrense.*

Les deux sections suivantes seront consacrées :

La première aux droits du fils de famille, la seconde à ceux du *paterfamilias.*

SECTION 1. — *Des droits du fils de famille sur son* PECULIUM QUASI CASTRENSE.

Tous ces droits découlent de cette idée primordiale que, par rapport aux *bona quasi castrensia,* le fils de famille *vice patrisfamilias fungitur.*

1° Nous rencontrons, en premier lieu, le droit d'administration générale sur les biens composant le pécule *quasi castrense.* Il est vrai que les textes ne s'en occupent pas d'une façon spéciale; mais ils le sous-entendent évidemment. Son existence, d'ailleurs, ne saurait être mise en doute ; car elle résulte d'un double *a fortiori:* d'une part, en effet, le fils de famille avait l'administration du pécule profectice, qui ne constituait, comme le pécule des esclaves, qu'une concession essentiellement réductible et révocable, et ne lui transportait aucun des attributs du droit de propriété, ce pécule restant, à tous égards, compris juridiquement dans le patrimoine du père; d'autre part, il avait le droit de disposition sur les *bona quasi castrensia*, ce qui implique nécessairement celui d'administration (77).

2° Le fils de famille était capable d'exercer, même contre le gré

---

(77) Le pécule *quasi castrense* échappant pleinement au droit de disposition du père, on en doit conclure, comme pour le pécule *castrense*, qu'il ne comptait pas dans le gage de ses créanciers. (Inst., *Quib. non est permiss. fac. testam.*, II, 12, pr.)

de son père, toutes les actions qui dépendaient de son pécule *quasi castrense* (78). Il pouvait même agir contre son père, mais après en avoir demandé et obtenu l'autorisation du préteur (79).

3° Il pouvait augmenter ou diminuer à son gré par des acquisitions ou des aliénations le contenu de son pécule. De là, les deux conséquences suivantes :

α. Il pouvait faire seul adition d'une hérédité destinée à entrer dans ce pécule (80); recueillir un legs qui se trouvait dans la même condition ; recevoir par un esclave *ex quasi castrensi peculio* une hérédité ou un legs laissé par une personne quelconque (81); bénéficier d'une stipulation relative à son pécule et faite à son profit, lors bien que le promettant aurait été son propre père (voir *infra*, note 84), et cela, sans qu'il y ait eu à distinguer si lui-même était stipulant, ou si c'était un esclave appartenant au pécule qui avait fait l'opération (82) ;

β. Il avait toute liberté d'aliéner et d'obliger son pécule (83), même en contractant avec son *paterfamilias* (84) ; d'emprunter de l'argent, sans tomber sous le coup du sénatus-consulte Macédonien (85) ; il pouvait, en un mot, diminuer son pécule par tous

---

(78) L. 4 § 1, fr. Tertyllianus, *De castr. pec.*, D., XLIX, 17.

(79) Voy. Gaius, IV, 183; LL. 4 § 1, fr. Ulp., 6, fr. Paul., 8 pr., fr. Ulp., *De in jus voc.*, D., II, 4; L. 4, fr. Gaius, *De judic.*, D., V, 1. L'autorisation préalable du magistrat était absolument nécessaire, et son obtention avait pour sanction, dans le dernier état du droit, une peine de cinquante sous d'or. (§ 3, *De pœn. temere litig.*, Inst., IV, 16. *Junge :* L. 24, fr. Ulp., *De in jus voc.*, D.; cf. Gaïus, IV, 46.— Comp. note 84. *infra.*

(80) L. 5, fr. Ulp., *De castr. pec.*, D., XLIX, 17.

(81) L. 19 § 1, fr. Tryphoninus, D., *eod.*

(82) L. 15 §§ 1 et 3, fr. Papin., D., *eod.*

(83) C'est de ce droit que résultait pour lui, lorsqu'il était institué héritier *ex causa quasi castrensi*, la possibilité de faire valablement adition sans ordre de son père, *citra jussum patris*, comme le dit Ulpien. (Voy. note 80, *supra.*)

(84) L. 15 § 2 *coll. cum* § 1, fr. Papin., D., *eod.* ; L. 2 pr., fr. Ulp., *De contrahend. empt.*, D., XVIII, 1. Rien ne met en plus vive lumière que cette application, la règle d'après laquelle la personnalité du fils, envisagé à la tête d'un pécule *quasi castrense*, est absolument distincte de celle du père, puisque, alors qu'en principe un *filius in potestate* ne peut être ni créancier, ni débiteur de son *paterfamilias* (L. 16, fr. Paul., *De furtis*, D., XLVII, 2), il le devient très-régulièrement à l'occasion de son pécule *quasi castrense*, ce qui rend possibles entre eux des actions en justice, dans lesquelles l'un figure comme demandeur, et l'autre comme défendeur. (L. 15 §§ 1 et 2 précitée, et L. 4., fr. Gaius, *De judic.*, D., V, 1. — Comp. note 79, *supra.*)

(85) LL. 1 § 3, et 2, fr. Ulp., *De SC. Macedon.*, D., XIV, 6; Const. 7 § 1, *Ad SC. Macedon.*, C. Just., IV, 28.

les moyens, même par des affranchissements faits *sua voluntate, sine patris permissu* (86).

4° Puisque le fils de famille pouvait obliger son pécule *quasi castrense,* il en résulte, d'abord, qu'il pouvait aussi, au moyen des valeurs qui le composaient, faire valablement un paiement volontaire à tous ses créanciers, sans qu'il y eût de distinction à établir, suivant qu'ils le seraient ou non devenus à l'occasion des fonctions publiques qu'il exerçait, ou *ex causa peculiari*. Il en résulte également que tous ses créanciers, qu'ils fussent *quasi castrenses* ou non, pouvaient saisir le pécule (87). Toutefois, un droit de préférence était accordé aux *creditores quasi castrenses* postérieurs à l'entrée en charge sur les créanciers antérieurs, principe dont l'équité apparaîtra, si l'on réfléchit que ceux-ci n'avaient pu compter, pour être désintéressés, comme avaient pu le faire les créanciers postérieurs, sur le pécule *quasi castrense*. A cet égard, un texte d'Ulpien, relatif à la saisie du *peculium castrense,* mais qu'il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer, par analogie, à celle du pécule *quasi castrense,* s'exprime de la sorte : « *Si filiifamilias bona veneant, qui castrense peculium habet : an separatio fiat inter castrenses creditores cœterosque videamus? Simul ergo admittentur, dummodo si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari; quod puto probandum : ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus.* » Et le jurisconsulte ajoutait : « *Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri.* » (88)

5° L'assimilation du pécule *quasi castrense* à un véritable patrimoine (89), et du fils de famille qui le possédait à un *paterfamilias*,

(86) L. 6 *in fine*, fr. Ulp., *De castr. pec.*, D.; Const. 2, *De castr. pec. milit.*, C. Just., XII, 37.
(87) L. 7, fr. Ulp., *De castr. pec.*, D. Voy. aussi le texte d'Ulpien, rapporté plus bas.
(88) L. 1 § 9, *De separat.*, D., XLII, 6.
(89) Cette assimilation résultait encore des deux décisions suivantes : d'une part, la

e fut pas, jusqu'à Justinien, d'une complète exactitu
ıême encore d'une vérité moins absolue, si l'on peut
our ce pécule que pour le pécule *castrense*, auquel il
lepuis Hadrien, que la possibilité de pouvoir faire l'obje
ession *ab intestat*, pour constituer un patrimoine dans
gueur du terme. En effet, si, dans le principe, il est vr
Famille ne pouvait pas, à moins d'être militaire, tester
castrensi (90), l'empereur Hadrien du moins lui concé
d'une manière générale (91). Au contraire, la faculté d
par testament du pécule *quasi castrense* fut, jusqu'à Ju
privilège exclusivement réservé à certains fils de fam
qui ne signifie pas que l'Empereur concédât cette p
par caprice, mais, ce qui est tout à la fois plus sérieux et
du législateur, que la loi qui accordait un pécule *quasi*
ajoutait parfois, au profit de certaines personnes déte
ce premier bénéfice, celui de pouvoir tester sur les
comprenait. Justinien nous indique, dans le *principium*
portante Constitution (93), comme figurant parmi les p
les *proconsules*, les *præfecti legionum*, les *præsides*
rum, et, d'une manière plus large, tous les fonction
occupaient une dignité et avaient une administration : «
generaliter, qui in diversis dignitatibus, vel administ
positi a nostra consequuntur manu, vel ex public
quasdam largitates. » A cette énumération il faut ajou

---

fils émancipé ou donné en adoption emportait avec lui son pécule *q*
(L. 12, fr. Papin., *De castr. pec.*, D.) ; d'autre part, ce pécule n'était pa
dans la succession du père mort, qu'il ne l'était dans les biens du père
héritier ou non, le fils le conservait toujours et ne l'imputait jamais su
ditaire. (Pr., *Quib. non est permiss. fac. testam.*, Inst., II, 12.)

(90) « *Solis præterea testandi militibus jus*
« *Vivo patre datur* ..... »,

dit Juvénal dans l'énumération qu'il fait des *militiæ commoda*. (*Sat.*,
suiv.)

(91) Ulpian., *Reg.*, XX, 10 ; pr., *Quib. non est permiss. fac. testam*

(92) Const. 37, *De inoff. testam.*, C. Just., III, 28 ; § 6, *De milit. te*
11. Ce paragraphe contient le résumé un peu obscur de la matière. Il pr
d'allusion plutôt qu'il n'explique.

(93) Const. 37, *De inoff. testam.*, C., III, 28.

ques, les prêtres et les diacres, qui obtinrent en même temps d empereurs Léon et Anthemius le privilége de posséder un péc *quasi castrense*, et la faveur d'en pouvoir disposer par testame comme par tout autre mode d'aliénation (94). Parmi les aut possesseurs de pécule *quasi castrense* qui n'avaient point re par une concession expresse, le droit de tester *de bonis qu castrensibus*, Justinien, dans la même Constitution à laquelle n venons de renvoyer, cite (pr. *in fine*) les avocats, les *memoriali* les *agentes in rebus*, les *magistri studiorum liberalium*, les *chiatri*, « *et* [*alii*] *omnes omnino, qui salaria vel stipendia per piunt publica.* » Au milieu de beaucoup de phrases, cette mé Constitution (*eod.*) nous dit que deux questions s'élevaient :

La première, si nous la comprenons bien, car Justinien manq ici de clarté, était une question de législation. Ne convenait-il p d'étendre à tous les fils de famille, possesseurs d'un pécule qu *castrense*, la faculté de tester? Ne fallait-il pas, en un mot, co riger et améliorer la législation existante et faire d'un droit sp cial le droit commun? Justinien donne une solution affirmativ et, généralisant la faculté de tester, accorde le *jus testandi* *bonis quasi castrensibus* à tous les fils de famille (95). Il ajout du reste, faisant allusion aux nombreux privilèges dont étaie entourés les testaments militaires, qu'ils devront tester *secundu leges*, ou, comme il l'avait dit auparavant (pr.) : « *non quasi milit quo voluerint modo, sed communi et licito et consueto ordi observando* »; en d'autres termes, qu'ils devront se conform aux règles de forme et de fond auxquelles sont, d'après le dro commun, soumis les *pagani*.

---

(94) Constt. 34 et 50, *De episc. et cleric.*, C. Just., I, 3. Lorsque, plus tard, par chapitre 19 de sa Novelle CXXIII, Justinien étendit à tous les clercs le droit de po séder un pécule *quasi castrense*, il renouvela formellement, au profit des prêtres des diacres, le droit de tester *de peculio quasi castrensi*, en le concédant naturell ment aussi aux nouveaux ecclésiastiques qu'il gratifiait de ce pécule.

(95) Voy. Const. 37 § 1, précitée, et Const. 12, *Qui testam. fac. poss.*, C., VI, (voy., sur la date de ces deux Constitutions, l'observation présentée note 37, *supra* § 6, *De milit. testam.*, Inst., II, 11.

argumente de ces dispositions, pour dire qu'il faut accorder la même liberté au fils de famille sur son pécule *quasi castrense*.

Reste à se demander si ces décisions de la Constitution 37, relatives à la *querela*, rentrent bien dans l'esprit général de la législation romaine. Nous ne le croyons pas, et voici nos raisons. En nous plaçant dans le droit antérieur à Justinien, un fils de famille qui avait un pécule *castrense*, ou un pécule *quasi castrense* sur lequel il pouvait tester, n'avait le pouvoir de dépouiller que son père, puisque, mourant intestat, il ne laissait pas d'*hereditas legitima*, et qu'en pareil cas son père reprenait son pécule *jure paterno*, comme un autre pécule. Or, sous Justinien, quelle est la situation d'un fils de famille qui est à la tête d'un pécule *castrense* ou *quasi castrense* ? Elle est bien loin d'être la même que dans le droit ancien : nous verrons bientôt (section 2, art. 2) que Justinien a organisé une véritable succession légitime des fils de famille. Cela dit, la *querela* n'étant pas admise, à quelle conséquence arrivera-t-on ? C'est que le fils de famille va pouvoir exhéréder même ses descendants, résultat infiniment plus grave que celui qui se produisait avant Justinien. Nous estimons donc que ce Prince fût mieux entré, non-seulement dans la voie du vrai progrès, ce qui est incontestable, mais même dans les idées du droit romain, s'il eût limité la liberté de tester, qu'il accordait libéralement à tous les possesseurs d'un pécule *quasi castrense*, en admettant la possibilité de critiquer par la *querela* les dispositions du testateur qui allaient *contra officium pietatis* (98).

Il semble l'avoir compris par la suite. Car, si quelques mois avant la Constitution 37, qui est du 1er septembre 532, il avait, aux nones de février précédent, renouvelant une loi de Léon et d'Anthemius dont nous avons déjà parlé (99), accordé aux évêques.

---

(98) Justinien ajoute au surplus, dans le § 2 de la Constitution 37, que, si le *filiusfamilias* devient *sui juris*, son testament ne sera plus à l'abri de la *querela*, même en ce qui concerne les biens qui composaient son pécule *quasi castrense* lorsqu'il était *in potestate*. Cela allait de soi, puisqu'une fois devenu *paterfamilias*, il ne pouvait plus être question pour lui de *peculium quasi castrense*, la notion même de pécule supposant essentiellement que celui auquel il appartient est *alieni juris*.

(99) Const. 34, *De episc. et cleric.*, C. Just., I, 3.

prêtres et diacres la faculté de tester *de peculio quasi castre* en y ajoutant la faveur mise en doute jusque-là de voir leurs te ments à l'abri de la querelle d'inofficiosité (100), du moins, pa chapitre 19 de sa Novelle CXXIII, qui étendit le pécule *quasi c trense* à tous les clercs, avec le droit d'en disposer testamenta ment, il fit une restriction en faveur de la légitime des descenda et des ascendants, non-seulement des nouveaux possesseurs *bona quasi castrensia,* mais encore des prêtres et diacres comme il vient d'être dit, jouissaient primitivement d'une enti liberté de disposition. Ce n'était là, toutefois, qu'une demi-mesu et cette réforme eût été plus heureuse si, au lieu d'être partie elle avait été générale, et si la Novelle CXXIII avait abrogé, a la Constitution 50, *De Episcopis et clericis,* le § 1 de la Consti tion 37, *De inofficioso testamento,* dans les dispositions de lois relatives à la *querela.*

6° La faculté de tester sur les biens composant le pécule *qu castrense* était bien loin d'être indifférente pour le fils de famill car elle emportait avec elle la prérogative de lui permettre de d poser gratuitement à cause de mort des deux manières que con crait le droit romain, c'est-à-dire non-seulement par testame mais aussi par voie de donation *mortis causa.* C'est qu'en effet, po faire une donation de ce genre, il est indispensable, mais suffisa d'avoir la *factio testamenti* active (101). Il suit de là que, de chef encore, le pécule *castrense* présenta pendant longtemps avantage considérable et une grande supériorité sur le pécule *qu castrense*, puisque, depuis Hadrien, tout propriétaire d'un *peculiu castrense* ayant reçu le droit d'en disposer par testament, une d nation *mortis causa* put très-régulièrement émaner de lui (10 Au contraire, ce mode de libéralité, en ce qui concerne le pécu *quasi castrense*, ne fut accessible qu'à partir de Constantin seul

(100) Const. 50, *eod.*
(101) L. 7 § 6, fr. Ulp., *De donat.*, D., XXXIX, 5.
(102) L. 15, fr. Julian., *De mort. caus. donat.*, D., XXXIX, 6.

ment à certaines catégories privilégiées de fils de famille, et ce fut que sous Justinien, en l'année 532, qu'elle le devint à tous à partir de cette époque, ce que les commissaires de ce Prince lui fait dire à Ulpien dans un texte que nous avons déjà signalé comme non authentique (note 15, *supra*), devient absolument exact à l'interpolation et à l'anachronisme près : « ..... *Qui habent castrense peculium, vel quasi castrense, in ea conditione sunt, ut donare et mortis causa et non mortis causa possint, cum testamenti factionem habeant.* » (103)

Tels furent les droits très-étendus, on le voit, que le fils de famille avait sur son pécule *quasi castrense*. Avant de les abandonner, il convient d'ajouter que le *filiusfamilias* jouissait et disposait d'une façon absolue et exclusive de ses *bona quasi castrensia*, non-seulement à l'égard du père de famille, mais encore à l'égard de ceux qui se trouvaient, comme lui, soumis à la même puissance paternelle, en ce sens que le *peculium quasi castrense* ne fut jamais, plus que le *peculium castrense* lui-même, soumis à l'obligation de la *collatio*. C'est ce que Tribonien a fait dire à Ulpien dans un des textes que nous avons déclarés interpolés : « *Nec castrense, nec quasi castrense peculium* », y lit-on, « *fratribus confertur : hoc enim præcipuum esse oportere, multis constitutionibus continetur.* » (104) Nous devons toutefois rappeler qu'il faut dérober à la règle du non-rapport les biens entrés dans le pécule *quasi castrense* par suite d'une libéralité du défunt, sujette à *collatio*. Nous faisons allusion, ici, à l'obligation où se trouvait, sinon en droit classique, du moins sous le Bas-Empire, le fils de famille de rapporter la *militia venalis* (comprise par nous dans le *peculium quasi castrense* ; voy. pp. 704 et suiv.) que le *de cujus* lui aurait donnée, ou les libéralités à lui faites *ad militiam emendam*

---

(103) L. 7 § 6, *De donat.*, D., XXXIX, 5.

(104) L. 1 § 15, *De collat.*, D., XXXVII, 6. *Junge* Const. 21, *De collat.*, C. Just., VI, 20, et pr., *Quib. non est permiss. fac. testam.*, Inst., II, 12.

voy. pp. 602 et suiv.), sauf exception pour les *silentiarii* qui urent privilégiés à ce point de vue (105).

Nous arrivons de la sorte à l'étude des droits que possédait le père de famille sur le pécule *quasi castrense*.

SECTION 2. — *Des droits du* PATERFAMILIAS *sur le* PECULIUM QUASI CASTRENSE *de son fils.*

Tout en reconnaissant, avec les textes, des pouvoirs extrêmement larges au *filius in potestate* sur son pécule *quasi castrense*, nous n'avons pas entendu nier absolument au père de famille toute espèce de droits sur les *bona quasi castrensia* de son fils. Nous avons même dit, au début de ce §, qu'il fallait lui accorder les mêmes prérogatives que celles qui lui étaient concédées sur le pécule *castrense*. De ce qui précède, il résulte avec évidence que ces droits seront très-menus et fort restreints. Pour les étudier avec quelque méthode, nous nous placerons successivement à deux époques, qui formeront chacune l'objet d'un article distinct. Nous les envisagerons alternativement :

1° Pendant la vie du fils de famille ;

2° Après sa mort.

ARTICLE 1er. — *Des droits du père de famille sur les* BONA QUASI CASTRENSIA, *du vivant de son fils.*

Quelque considérable que soit l'extension des droits du fils considéré, durant sa vie, comme un *paterfamilias* par rapport à son pécule *quasi castrense* (106), il ne serait cependant pas exact de regarder le père de famille comme ayant été totalement sevré des

(105) Const. 5, *De silentiar.*, C. Just., XII, 16 ; Const. 30 § 2, *De inoff. testam.*, *eod.*, III, 28.

(106) Nous rappelons que cette formule ne fut d'une complète exactitude qu'à partir de l'an 532 de notre ère, époque à laquelle tous les possesseurs de *bona quasi castrensia* reçurent de Justinien le droit d'en disposer par testament.

attributs du droit de propriété sur le pécule. On peut dire de lui avec vérité, qu'il avait la qualité de propriétaire à l'état latent, sauf à la voir s'anéantir, si le fils disposait du pécule. Mais, à supposer qu'il mourût sans avoir fait aucun acte de disposition, son titre, comme paralysé et comme endormi jusque-là, se ranimait et se réveillait pour s'exercer, et le père recouvrait ainsi le droit d'administration et de disposition qui lui manquait auparavant.

Pendant la vie de son fils, le *paterfamilias* est donc un propriétaire qui ne peut pas disposer de sa chose, et peut être comparé à un mari qui, bien que propriétaire du fonds dotal, ne peut cependant pas l'aliéner, et à un prodigue interdit qui n'a pas la disposition de ses biens (107).

C'est par cette doctrine un peu éclectique, que l'on arrive à concilier des textes qui, au premier abord, paraissent se contredire, les uns refusant, les autres accordant au père le droit de faire, *vivente filio*, certains actes à l'égard des *res peculii* (108).

D'un côté, en effet, on voit au Digeste les jurisconsultes dénier au père le droit de conserver par devers lui le pécule de son fils, lorsqu'il le donne en adoption ou l'émancipe (109) ; d'aliéner immédiatement des *res peculiares* (110) ; de les grever d'usufruit ou de servitudes (111) ; le droit d'exercer personnellement les actions relatives au pécule, ainsi que celui d'y défendre (112) ; le droit de procéder à l'affranchissement immédiat *vindicta* d'un esclave compris dans le pécule (113) ; la faculté de payer ses propres

---

(107) Cette double comparaison nous a été suggérée par un texte de Mæcianus ainsi conçu : « ... *Negabimus patrem, filio salvo, communi dividundo agentem, proprietatem alienaturum, exemplo dotalis prædii. Sed nec, si socius ultro cum eo agat, quicquam agetur : veluti si cum eo ageret, cui bonis interdictum est.* » (L. 18 § 2, *De castr. pec.*, D., XLIX, 17. Voy. aussi le § 3 de cette même loi.)

(108) Toutes les décisions qui vont être rapportées sont, il est vrai, relatives au *peculium castrense*; mais elles étaient évidemment applicables aussi au pécule *quasi castrense*.

(109) L. 12, fr. Papin., *De castr. pec.*, D.

(110) L. 18 § 1, *eod.*

(111) L. 18 § 3 *in fine, eod.*

(112) L. 18 §§ 4 et 5, *eod.*

(113) L. 19 § 4 *coll. cum* § 3, fr. Tryphoninus, *eod.*

créanciers avec un bien appartenant au pécule (114), etc., etc. Pareillement, Justinien lui méconnaît le droit d'enlever à son fils les acquisitions qu'il a réalisées dans les camps, et à ses créanciers personnels le droit de les vendre, « *vendere vel aliter inquietare* » (115).

D'un autre côté, du vivant même de son fils, le père de famille nous est présenté comme pouvant faire à l'égard du pécule des actes qui impliquent clairement chez lui le caractère latent de propriétaire dont nous parlions. C'est ainsi qu'il peut dégrever d'usufruit les esclaves et les immeubles dont le pécule a la nue-propriété, et libérer de toutes les autres servitudes passives les *prædia peculiaria* qui en peuvent être grevés; c'est ainsi encore qu'il peut acquérir des servitudes actives au pécule (116). Mais ce qui, mieux que tout le reste, met en relief le droit éventuel de propriété du *paterfamilias* sur les *bona quasi castrensia*, c'est que, son fils mourant sans en avoir disposé par testament, ils changeaient aussitôt de nature, et cela avec un effet rétroactif, comparé d'une manière assez pittoresque par Tryphoninus à une sorte de *postliminium* : « *postliminii cujusdam similitudine* » (117), et venaient, du moins avant Justinien, se confondre dans le patrimoine paternel selon les mêmes règles qu'un pécule ordinaire. Cette doctrine entraînait un résultat fort important, celui de valider les actes de disposition que le père avait faits, *vivente filio*, relativement aux objets compris dans le pécule. Jusque-là, le sort de ces actes était *in pendenti* (118). Il faut donc se garder d'une exagération qui consisterait à dire que le droit de disposer des *res peculiares* était, pendant la vie du fils, refusé au père. Non : lui étaient seuls interdits les actes de disposition dont la nature répugnait à un

(114) L. 98 § 3, fr. Paul., *De solut.*, D., XLVI, 3.
(115) Pr., *Quib. non est permiss. fac. testam.*, Inst., II, 12.
(116) L. 18 § 3, *De castr. pec.*, D.
(117) L. 19 § 3 *in fine*, *De castr. pec.*, D.
(118) L. 44 pr., fr. Ulp., *De legat.* 1, D., XXX; L. 98 § 3, fr. Paul., *De solut.*, D., XLVI, 3; LL. 9, fr. Ulp., 18 § 1, et 19 § 3, *De castr. pec.*, D.

dicta, ainsi que ne
mis, à la double condition de ne s'
et que le fils fût décédé sans avoir disposé de son
tament.

Voilà à quoi se réduisaient à peu près les droits du pè
famille sur le *peculium quasi castrense* de son fils vivant
Lui mort, nous avons à nous demander quels ils étaient.

ARTICLE 2. — *Des droits du père de famille sur les* BONA QUASI CASTRENSIA, *après la mort de son fils.*

Quatre cas peuvent ici se présenter, qui doivent être exa
isolément, savoir :

1° Celui où le fils a institué par testament un héritier q
adition ;

2° Celui où le fils est mort *intestat* ;

3° Celui où l'héritier institué par le fils n'a pas fait adition

4° Celui enfin où le père lui-même a été institué héritier p
fils.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le fils a institué par testament un hériti qui fait adition.*

Ce premier cas ne se présenta qu'exceptionnellement
pécule *quasi castrense* jusqu'à Justinien, puisque, jusqu'à

---

(119) On peut y ajouter les deux suivants, mais qui présentent l'un et l'aut
ractère exceptionnel : 1° Lorsque le fils de famille était condamné à une pe
tant confiscation, son pécule *castrense*, au lieu d'appartenir au fisc, reve
père, d'après un rescrit d'Alexandre Sévère. (Const. 3, *De bon. proscript.*
IX, 49.) Il faut, pensons-nous, en dire autant au sujet des *bona quasi castre*
décision était, en effet, fort logique ; car, si le fils était mort *intestat*, son
trense ou *quasi castrense* serait redevenu, avant Justinien, un pécule ordi
infra, art. 2, SECONDE HYPOTHÈSE, I, pp. 724 et suiv.) Or, dans l'espèce, la m
media capitis deminutio qu'il subit, le fait réputer mort, et mort, sans e
testat, puisqu'elle lui enlève le droit d'avoir un testament. — 2° Dans le ca
famille répudiait une succession à lui déférée *ex quasi castrensibus* oc
père avait le droit d'en faire personnellement adition, mais à ses risques e
est, du moins, la solution que donne Justinien pour le pécule *castrense*
De bon. quæ lib., C., VI, 61.)

32, le droit de tester ne fut accordé qu'à titre de certains fils de famille.

En pareille occurrence, les biens du *peculium quas* échappaient complètement au père, qui était réputé n'a été propriétaire, et ils appartenaient pour le tout à l père n'avait aucune réclamation à élever, du moins Justinien, qui, ainsi qu'il a été dit, mit le testament rela *quasi castrensia* à l'abri de la *querela inofficiosi testan supra,* pp. 715 et suiv.) Dès que l'héritier avait f il y avait une véritable hérédité (120), en ce sens recueillait le pécule *jure hereditario*. De là, toute un conséquences, dont voici les quatre principales :

1° Tous les actes par lesquels le *paterfamilias* aurai rement disposé d'un objet compris dans le pécule, sc droit anéantis (voy. les textes cités note 118, *supra*) ;

2° L'héritier est tenu des dettes à perpétuité et pour le

3° Il est investi de la *petitio hereditatis ;*

4° La soustraction d'une chose appartenant au pécul rise pas à exercer l'action *furti,* la soustraction d'une c ditaire n'étant pas considérée comme *furtum* (122).

Avant que l'institué se fût prononcé et dans le tem diaire entre la mort du fils et l'adition de son hérit était la condition du pécule? Et une fois que l'*heres* parti, fallait-il attacher une certaine rétroactivité à l'a pien (123), Papinien (124) et Tryphoninus (125) enseig

---

(120) LL. 2 et 9, fr. Ulp., *De castr. pec.*, D., XLIX, 17.

(121) L. 17 pr., fr. Papin., *eod.*

(122) L. 33 § 1, fr. Ulp., *De adquir. rer. domin.*, D., XLI, 1. Cela que le détournement d'un objet héréditaire restât impuni : seulement, en était poursuivie par le *crimen expilatæ hereditatis.* (Voy., au D consacré à cette matière, XLVII, 19.)

(123) L. 33 pr., *De adquir. rer. domin.*, D., XLI, 1.

(124) L. 14 § 1, *De castr. pec.*, D.

(125) L. 19 § 5, *eod.*

commun accord, sur ce point (126), que, tant que l'institué n'avait pas exercé son option, le pécule ne pouvait pas être assimilé à une hérédité jacente ; mais ils admettaient, en même temps, que l'adition par lui faite rétroagissait, en ce sens qu'elle donnait lieu à l'application de la règle *Hereditas personæ defuncti vicem sustinet* (127). Cette doctrine avait pour résultat de valider toutes les acquisitions que les esclaves du pécule avaient pu réaliser depuis le décès. Toutefois, Papinien y dérobait celles qu'aurait faites un esclave indivis entre le pécule et un tiers, pour les attribuer exclusivement à celui-ci, par cette raison qu'elles avaient été réalisées à une époque où l'esclave n'avait pas deux maîtres, ou, ce qui revient au même, ne pouvait acquérir que pour un seul (128).

SECONDE HYPOTHÈSE. — *Le fils est mort intestat.*

Ce cas étant l'opposé du précédent, dut se présenter très-fréquemment avant Justinien.

Pour avoir une idée exacte de la façon dont les choses se passaient ici, il faut prendre le plus grand soin de distinguer le droit antérieur à Justinien, et les réformes opérées par cet empereur. Nous aurons même encore, en étudiant sa législation, à examiner une double période, les règles établies par lui dans la première moitié de son règne ne s'étant pas maintenues intactes jusqu'à la fin.

I. — Et d'abord, jusqu'à Justinien, on refusait absolument d'assimiler le fils de famille, mort volontairement ou forcément *intestat*, à un *paterfamilias* (129). Son père, recueillant le pécule *quasi castrense*, recueillait non pas une hérédité, mais un pécule ordi-

(126) Nous aurons l'occasion de constater, au sujet de notre troisième hypothèse, un désaccord entre ces jurisconsultes.

(127) Pr., *De stipul. serv.*, Inst., III, 17.

(128) L. 18 pr., *De stipul. serv.*, D., XLV, 3.

(129) L. 10 pr., fr. Pompon., *Ad SC. Tertull.*, D. XXXVIII, 17.

naire ou profectice (130), en ce sens que le *peculiu*
trense, désormais dépouillé de son caractère spécial,
jours au père *jure peculii* et non *jure hereditari*
quatre conséquences inverses de celles que nous av
au sujet de la première hypothèse, savoir :

1° Si le père était héritier, il aurait besoin de fai
serait toujours libre de répudier ; au contraire, n'ay
qualité, la propriété du pécule lui appartient imméd
cela, même malgré lui ; de plus, cette acquisition a
rétroactif, tous les actes par lesquels il aurait, *vivente*
d'une *res peculiaris*, sont de plein droit validés (vo
cités note 118, *supra*) ;

2° Il ne répond des dettes que par l'action *de peculio*,
pendant une année utile à partir de la mort de son fils
concurrence de l'actif du pécule (131) ;

3 Il n'a plus l'action *in rem generalis* pour revendi
les *bona quasi castrensia ;* mais on ne met à son se
action en revendication spéciale pour revendiquer i
ment les divers objets compris dans le pécule (132) ;

4° Toute soustraction commise au préjudice du pé
tuant un *furtum*, lui permet d'exercer l'action *furti* (1

Une dernière conséquence, extrêmement importante
découle de cette même idée que le pécule *quasi cast*
de famille mort *intestat* est recueilli non pas *jure*
mais bien *jure peculii ;* c'est que, si l'on suppose que le
des *bona quasi castrensia* était un petit-fils, se trouv
père sous la puissance de son grand-père, et qu'il est
son *pater* et son *avus* tous deux existants, c'est le g
non le père qui sera préféré, comme investi de la pu
ternelle.

(130) LL. 1 et 2, fr. Ulp., *De castr. pec.*, D.; Const. 5, *De castr*
Just., XII, 37.
(131) L. 17 pr., *De castr. pec.*, D.
(132) L. 56, fr. Julian., *De rei vindic.*, D., VI, 1.
(133) L. 33 § 1, fr. Ulp., *De adquir. rer. domin.*, D., XLI, 1.

II. — Que si, maintenant, nous passons au droit de Justinien il nous faut envisager tour à tour la législation du Code et des Institutes, puis celle des Novelles.

A. — Parlons d'abord du droit antérieur aux Novelles. Une modification profonde fut faite par Justinien dans l'attribution des pécules des fils de famille morts *intestats*. Tandis, en effet, que d'après les principes en vigueur jusqu'à ce Prince, un *filiusfamilias* ne pouvait pas laisser d'hérédité légitime, mais seulement des héritiers testamentaires, il décida que le pécule du fils de famille mort *intestat* n'appartiendrait plus à ses ascendants qu'à défaut de descendants et de frères ou sœurs du défunt, mais qu'alors il leur appartiendrait *jure communi* : «..... *Si*..... *intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit.* » (134) Par là se trouve vraiment consommée l'assimilation des pécules *castrense* et *quasi castrense* à un patrimoine ordinaire. Car, pour nous, le langage de Justinien ne signifie pas autre chose sinon que les *bona castrensia* ou *quasi castrensia* du fils mort *intestat*, seront recueillis par le père, relégué désormais au troisième rang, à titre de véritable succession et non plus à titre de simple pécule.

C'est toutefois une question célèbre dans le monde des interprètes, que celle de savoir quel est ce *jus commune* dont Justinien entend ici parler. A-t-il voulu dire que, dès lors, le père recueillerait le pécule de son fils comme auparavant, *jure communi peculii* ou *patriæ potestatis*, ou bien, d'après le droit commun des successions tel qu'il existait de son temps, *jure communi successionis* ou *hereditatis?* Il est inutile d'insister sur l'intérêt considérable de la question : les développements qui précèdent l'ont suffisamment mis en relief.

D'éminents auteurs, tant anciens que modernes, ont traduit la pensée exprimée par Justinien dans la locution *jure communi*, par *jure communi peculii*. Ils argumentent de la paraphrase de

(134) Pr., *Quib. non est permiss. fac. testam.*, Inst., II, 12.

Théophile, dont ils s'emparent avec un soin d'autan que son auteur était un professeur contemporain qu'il fut commissaire de ce Prince, et collègue de T. la compilation du Digeste et du Code, ainsi que pou des Institutes. Or, Théophile est formel, disent-ils. I mots *jure communi* du texte précité comme équiv *peculii.* — Ils ajoutent que leur théorie est au surpl par ce fait, que les mêmes rédacteurs des œuvres de avaient parlé de ce *jus commune,* ont inséré au Dig titre relatif au *peculium castrense* (lib. XLIX, tit. 17 dans lesquels le droit du père, au cas de mort de son est représenté comme un *jus patriæ potestatis*, comm *lii,* voulant indiquer par là que, malgré l'innovation de préféra les *liberi* et les *fratres* du défunt au *paterfam* n'en conservait pas moins, à l'égard du pécule *castr* — *jus commune* — dont il jouissait à l'époque classi

L'opinion adverse, enseignée par Vinnius et parta nandez de Retes, dans son traité *De castrensi pecul* ralement suivie de nos jours. Nous nous en décla nous, partisan convaincu. Elle s'appuie, du reste, s ments très-probants. Le premier consiste à faire re les enfants ou les frères et sœurs du *filiusfamilias* férablement au père, venaient, sans conteste pos d'héritiers. C'est déjà là une présomption singuliè sante, pour dire qu'appeler après eux et à leur dé *jure communi,* doit naturellement et logiquement s'i

(135) Dans notre ancien droit, Cujas enseignait ce système. (Voy. *et scholia in libr. II Institut. Justin.*, cap. IX; *Opp.*, t. 2, col. 114 *i nes*, 2, et col. seq., et cap. XII, *eod.*, col. 126, *Adnotationes*, 5.) modernes qui lui ont donné l'appui de leur autorité, il convient de ligne M. Ortolan, *op. cit.*, 10e éd., t. 2, pp. 468 *in fine* et suiv., e dans le même sens : MM. de Vangerow, *op. cit.*, t. 2, § 409; Thézar *dr. rom.*, p. 138; Brocher, *Etude hist. et philosoph. sur la légitim* p. 38. — Il faut rappeler ici que cette doctrine entraînait sous Jus conséquence par nous signalée au sujet du droit antérieur à ce Pri *supra*) de l'idée que le pécule était recueilli *jure patriæ potestatis*

ce sens qu'il vient au même titre qu'eux, c'est-à-dire à titre d'héritier, *jure communi successionis*. — D'un autre côté, quel était donc le *jus commune* du temps de Justinien, relativement aux biens acquis par un fils de famille? C'est que ces biens avaient le caractère de biens adventices. Or, dès l'époque de la rédaction des Institutes, de tels biens donnaient lieu à une véritable succession *ab intestat* (136). Cela étant, si l'on songe que l'ordre de dévolution de cette succession était précisément celui que Justinien adopte ici (137), que devra-t-on en conclure, sinon que les *bona castrensia* ou *quasi castrensia* du fils mort *intestat*, étaient recueillis par le père, à titre de véritable succession (138)?

Nous pouvons encore faire valoir en notre faveur une raison de

---

(136) Voy. Const. 11, *Commun. de success.*, C. Just., VI, 59, et Const. 6 pr. et § 1, *De bon. quæ lib.*, *eod.*, 61. Près d'un siècle avant Justinien, deux Constitutions des empereurs Théodose et Valentinien, et Léon et Anthemius, datées l'une de 439, l'autre de 469, nous prouvent, du reste, jusqu'à l'évidence, que certains biens adventices, la dot, la donation *ante nuptias*, et plus généralement les *lucra nuptialia*, formaient une véritable hérédité légitime. (Constt. 3 et 4, *De bon. quæ lib.*, C. Just.) Justinien, par les deux lois citées au début de cette note, ne fit que généraliser l'exception admise par ses prédécesseurs dont il a, selon sa trop fréquente habitude, remanié les textes pour y glisser sa propre doctrine, et appliqua leur théorie à l'ensemble des *bona adventitia*. Ce qui, maintenant, démontre péremptoirement que les ascendants qui les recueillaient, arrivaient en vertu d'un droit de succession *ab intestat*, et non par droit de puissance paternelle, c'est que si l'aïeul, chef de famille, et le père du défunt vivaient tous deux, c'était le père qui succédait comme étant le plus proche ascendant, et non l'aïeul, bien qu'investi de la *patria potestas*.

(137) Les biens adventices étaient dévolus d'abord aux enfants du défunt, puis, à leur défaut, aux frères et sœurs germains *(ex eodem matrimonio progeniti)*, ensuite aux frères et sœurs consanguins ou utérins (*ex aliis nuptiis procreati*), enfin aux ascendants mâles de la ligne paternelle. (Voy. les Constt. 11, *Commun. de success.*, et 6 pr. et § 1, *De bon. quæ lib.*, précitées.) La mère était, cependant, admise à concourir avec les frères ou sœurs, et à leur enlever une part virile ou une moitié, selon que le défunt avait laissé un ou plusieurs frères, avec ou sans sœurs, ou qu'il n'avait laissé que des sœurs. (Const. 7 pr., *Ad SC. Tertull.*, C. Just., VI, 56.) Dans tous les cas, Justinien conserva au père de famille l'usufruit qui lui avait appartenu, du vivant de l'enfant, sur la totalité de ces biens. (Const. 7 § 1, *Ad SC. Tertull.*; Constt. 11, et 6 pr. et § 1, précitées.) Les Novelles CXVII, cap. 1, et CXVIII, cap. 2, indiquent toutefois des cas exceptionnels dans lesquels certains biens échappaient à l'usufruit du père.

(138) Par la force même des choses, il ne pouvait être question ici, comme nous l'avons vu pour les *bona adventitia* (note précédente *in fine*), de réserver au père, exclu de la succession par les descendants ou les frères et sœurs du défunt, un usufruit qui ne lui avait jamais appartenu. (Const. 6 pr. *in fine*, *De bon. quæ lib.*, C. Just.)

exte, et, ce qui n'est pas non plus à dédaigner, un
aison et de logique.

La raison de texte, c'est que les Institutes porte
nent que le fils de famille venant à mourir *intestat*, e
ni enfants, ni frères, ni sœurs, son pécule « *ad par*
tinebit. » *Ad parentes*, ou *ad parentem*, comme le
taines versions, c'est-à-dire apparemment, puisque
distingue pas, aux ascendants *sui juris* aussi bien
sance, en un mot aux auteurs de nos jours, *patres*
non. Or, dans cette seconde hypothèse, comment le
rait-il venir autrement que *jure successionis*, puisque
triæ potestatis lui fait défaut? Cette interprétation
moins forcée, et, partant, d'autant plus naturelle, qu
rens signifie, à proprement parler, ascendant immédiat
ainsi que l'indique son étymologie, avec la plus entiè
(*Parere*, engendrer, enfanter. — Comp. p. 464, *b.*) Ce
que, bien que ce terme désigne très-fréquemment le
répugne nullement à la signification de parent patern
nel; si bien qu'on lit à maintes reprises, dans les i
parens uterque pour désigner le père et la mère.

Quant à l'argument de raison et de logique, il con
remarquer qu'en admettant le système qu'on prétend
paraphrase de Théophile, on aboutit à une inconcevabl
En effet, que le fils de famille laisse un enfant, un f
sœur, il a une succession légitime; qu'il ne laisse,
que son père ou son grand-père, plus de successio
que la dévolution des mêmes biens s'opère, suivant les
des principes si diamétralement opposés?

Reste à se demander si le passage de Théophile n
cle absolu à l'admission de notre thèse. Nous rép
hardiment que non, par ce motif bien simple que, s
soin de lire toute sa paraphrase du *principium* du t
titutes *Quibus non est permissum facere testamentu*
n'est pas exempte d'une certaine confusion (voy. *infr*

on y remarque une véritable contradiction. Car, après avoir expliqué les mots objets du litige, *jure communi*, en disant : *id est tanquam peculium paganum* (139), il met les *bona castrensia*, *quasi castrensia* et *adventitia* exactement sur la même ligne, à une seule différence près : c'est que, tandis que le fils de famille peut tester *de peculio castrensi* ou *quasi castrensi*, il n'a pas la faculté de disposer de son pécule adventice par testament (140). Si telle est la seule différence qui sépare les trois sortes de biens, c'est donc que les pécules *castrense* et *quasi castrense* peuvent tout comme le pécule adventice, faire l'objet d'une véritable succession *ab intestat* (141).

En ce qui concerne enfin l'argument que nos adversaires prétendent tirer de l'insertion au Digeste de textes des jurisconsultes classiques dans lesquels le droit du père, en cas de mort de son fils *intestat*, est représenté comme un *jus patriæ potestatis*, il suffira, pour l'écarter, de faire observer qu'à chaque pas on rencontre dans les Pandectes des fragments qui ne cadrent plus avec le dernier état du droit romain.

Que notre conclusion soit donc celle-ci : sous Justinien, le pécule *quasi castrense* du fils mort sans en avoir disposé par testament, est dévolu, non plus comme autrefois, *jure peculii*, mais *jure hereditatis* (142).

---

(139) Il résulte de l'ensemble du texte que, dans la bouche de Théophile, ces mots se réfèrent au *peculium profectitium*, et non aux *bona adventitia*. (Voy. la note 141 *infra*, et comp. note 10, *supra*.)

(140) Voy., en effet, pr. *in fine, Quib. non est permiss. fac. testam.*, Inst., II, 12.

(141) Nous avons préféré imputer à Théophile une contradiction, ou une étourderie, plutôt qu'une erreur. Car il est évident qu'il n'a pas pu écrire de sang-froid d'une part, que le pécule *castrense* du fils mort *intestat* était recueilli *jure peculii*, et, d'autre part, qu'il fallait appliquer ce qu'il venait de dire des *bona castrensia* au pécule adventice, auquel il fait évidemment allusion par les mots : « biens qui, pour divers motifs, et en vertu de constitutions, ne sont point acquis au chef de famille. » En effet, il savait mieux que nous que les biens adventices formaient, sous Justinien, l'objet d'une véritable succession légitime. Quiconque, par conséquent, lira le texte de sa paraphrase sans parti pris, ou bien n'en induira rien, ou bien en tirera plutôt une conclusion favorable à notre théorie.

(142) Voy. en notre sens : MM. P. Namur, *Cours d'Institutes*, 3e éd., t. 1, p. 7, § 57, 4, Bruxelles, 1878 ; Ducaurroy, *Institutes expliquées*, t. 2, n° 857 ; Demangeat,

B. — Du reste, la controverse qui vient d'être dév
plus, sous le règne de Justinien lui-même, qu'un inté
historique, ce Prince ayant, en l'année 543, refondu
lèbre Novelle CXVIII, tout le système des successions
cette Novelle s'appliquant aussi, sans nul doute, au
trensia ou *quasi castrensia*. Dès lors disparut la d
levée par le texte de Théophile, le père étant certaine
à partir de cette époque, un héritier ordinaire.

Nous remarquerons, avant d'abandonner notre se
thèse, que, depuis que Justinien eut accordé au père
droit de recueillir *jure successionis* le pécule *quasi*
son fils mort *intestat*, à supposer que le père fût lui-
juris, ce pécule entra dans ses *bona adventitia*, lesq
de cet empereur, se recrutaient dans toutes les acq
ne formant pas un pécule *castrense* ou *quasi castr*
naient à un fils de famille *aliunde quam ex re patris*
que celui-ci ne devait pas à la libéralité de son père (

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — *L'héritier institué par le fils n'a pas*

En pareil cas, l'attribution du pécule est exactement
si le fils de famille était mort *intestat*, le testament de
tutum par la répudiation de l'institué. Donc, c'est le
droit classique, recueillera les *bona quasi castrensia*

Un seul point a fait ici difficulté pour les jurisc
mains, celui de savoir si l'on devait ou non attacher u
rétroactivité à la répudiation.

D'après Papinien, ce refus par l'institué de faire a

---

op. cit., 2e éd., t. 1, p. 609, et t. 2, p. 34 *in fine*, 2e, et p. suiv.; Ac
t. 1, 3e éd., pp. 729 *in fine* et suiv. Comp. M. Maynz, *op. cit.*, t. 3, p. 1

(143) Const. 6, *De bon. quæ lib.*, C. Just., VI, 61.

(144) De cette hypothèse doivent être rapprochés tous les événem
ont pour effet de mettre obstacle à l'ouverture d'une hérédité testa
conséquent, le cas de nullité originaire du testament, ceux où il est d
ou *irritum*, etc. Voy., en ce qui concerne spécialement le cas de co
119, 1e, *supra*.

pour unique effet de saisir le père, mais sans rétroactivité, de telle sorte qu'il ne pouvait pas bénéficier des acquisitions faites par les esclaves du pécule pendant le temps intermédiaire qui s'était écoulé depuis la mort du fils de famille (145). Tryphoninus partageait également ce sentiment (146). Au contraire, Ulpien admettait formellement que le père était investi rétroactivement (147). — Nous ne chercherons pas à essayer de concilier des textes reçus inconciliables par le désaccord incontestable qui existait dans la doctrine romaine. Nous nous contenterons simplement d'en apprécier la valeur théorique. Or, à nos yeux, le système d'Ulpien était de beaucoup préférable à celui de Papinien et de Tryphoninus, parce qu'il était plus logique. En effet, on ne voit pas la raison de distinguer entre le père qui recueille le pécule à défaut de testament, et le père qui le recueille faute d'adition par l'institué. Il est, du reste, à remarquer que la loi 14 § 1, de Papinien, après avoir rejeté l'opinion d'Ulpien, paraît l'admettre dans sa dernière phrase, comme un correctif équitable à la rigueur des principes. La même observation doit être faite en ce qui concerne la phrase finale de la loi de Tryphoninus. Aussi ne serions-nous pas éloigné de croire que l'une et l'autre sont très-probablement des additions de Justinien (148).

QUATRIÈME HYPOTHÈSE. — *Le père lui-même a été institué héritier par son fils.*

Deux cas peuvent ici se présenter dont les conséquences, avant la réforme opérée par Justinien, étaient bien différentes.

---

(145) L. 14 § 1, *De castr. pec.*, D., XLIX, 17; voy. aussi L. 18 pr., *De stipul. serv.*, D., XLV, 3.

(146) L. 19 § 5, *De castr. pec.*, D.

(147) L. 33 pr., *De adquir. rer. domin.*, D., XLI, 1; L. 9, *De castr. pec.*; vers la fin de ce dernier texte, on relève l'expression : *non est novum* (« ..... *nec est novum, ut ex postfacto.....* »). Elle ne signifie pas *il n'est pas nouveau*, mais bien : *il n'est pas rare, inusité; ce n'est pas chose insolite.* C'est une locution que l'on rencontre fréquemment au Digeste. (Voy., *ex. gr.*, LL. 5, fr. Ulp., et 21 § 1, fr. *African.*, *De fidejuss.*, XLVI, 1.)

(148) Tel est aussi le sentiment de M. Accarias, *op. cit.*, t. 1, p. 728, note 2, et il faut bien convenir, surtout pour la loi 14 § 1, que la latinité très-médiocre qui s'y rencontre décèle la plume de Tribonien. — Voy. M. P. Jolly, *op. cit.*, pp. 64 et suiv.

1° Tout d'abord, le père pouvait faire adition. Il v comme toute autre personne instituée héritière par le sant adition, *jure hereditatis* (149), ce qui entraînai conséquences notables que nous avons relevées. (Vc hypothèse.) Nous ajouterons qu'il pouvait invoquer la fils de famille ne jouissant jamais, en ce qui concer *quasi castrensia*, du privilège d'en éviter l'application

2° Que si, maintenant, le père ne faisait pas adition, avant Justinien, le pécule *jure peculii*, dans les cor nous avons indiquées plus haut, pour le cas où le fils aucune disposition testamentaire. (Voy. seconde hy

Ajoutons que si la répudiation du père procédait d'u de mauvaise foi de sa part, et n'avait d'autre mobile c faire tomber les legs mis à sa charge dans le testame préteur avait déjoué cette fraude. Ulpien nous dit, « *Prætor voluntates defunctorum tuetur : et eorum occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato l partemve ejus possident, ad hoc, ut eos circumveni quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab inte deretur hereditas : et in eos actionem pollicetur.* » (15 fait l'application de cet Edit au père de famille qui, in tier testamentaire du pécule *castrense* de son fils, ne l dol, adition, et l'oblige, bien qu'il ne vienne pas de *jure successionis*, mais *jure peculii*, à acquitter, *legit exemplo*, les charges de l'institution, jusqu'à concu forces du pécule (152). Nous ne voyons aucune raison étendre cette décision au cas où le testament du fils sur ses *bona quasi castrensia*.

---

(149) LL. 1 et 2, fr. Ulp., *De castr. pec.*, D.

(150) Il en était autrement du fils de famille testant *de peculio cast* moins qu'il était encore *miles*, ou n'avait pas reçu son congé depu année. (L. 92, fr. Macer, *Ad leg. Falcid.*, D., XXXV, 2 ; L. 17 § 1, fr. Pa *pec.*)

(151) L. 1 pr., *Si quis omissa causa testam.*, D., XXIX. 4.

(152) L. 17 § 1, *De castr. pec.*, D.

Nous pensons de même qu'il faut appliquer au pécule qu *castrense* la solution que Paul donnait à propos du *peculi castrense,* que le fils mourant *intestat* avait laissé à un tiers moyen d'un fidéicommis dont il avait, par codicille, grevé s père. Le jurisconsulte autorisait, en pareil cas, le père, hi qu'il ne vînt pas *jure hereditatis,* mais *jure peculii,* à retenir quarte Pégasienne, qui, à l'imitation de la Falcidie pour les leg ne devait cependant s'appliquer qu'aux hérédités (153). Mais Pa cédait ici à des considérations d'équité qui étaient évidemment l mêmes pour le pécule *quasi castrense* que pour le pécule ca *trense.*

Nous avons de la sorte épuisé ce que nous avions à dire sur not quatrième hypothèse, et nous nous trouvons par là même arri au terme de notre second appendice, qui, comme le premier, lie d'une façon intime, il est à présent aisé de s'en rendre compt à l'étude que nous avons présentée sur les *militiæ venales.*

---

(153) L. 18 pr., *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2. Il est question, dans ce texte, de la quar Falcidie ; mais la simple lecture de cette loi prouve qu'il faut évidemment entend par là la quarte Pégasienne, dont le nom, on le sait, ne se rencontre pas une seu fois au Digeste, sans doute parce que Justinien supprima le nom du Sénatus-consul Pégasien. Les jurisconsultes confondent toujours d'ailleurs les deux quartes so le nom de Falcidie.

FIN DU DROIT ROMAIN ET DU PREMIER VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME PREMIER.

PRÉFACE.....

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

1° Etymologie du mot OFFICE.....
2° Recherche de ses sens divers.....
3° Du mot ESTAT.....
4° Explication historique du mot MINISTÉRIEL.....
5° De quelques définitions anciennes du mot OFFICE.....
6° Ce que l'on entend aujourd'hui par OFFICE et par OFFICIER. Défini posées.....
7° Distinction entre les FONCTIONNAIRES PUBLICS, les OFFICIERS PUBL OFFICIERS MINISTÉRIELS proprement dits. Double criterium de MM. Dalloz. Celui que nous proposons. Examen de certaines questions déli tives à ce sujet. Conséquences logiques et forcées de notre doctrine. l tique de la jurisprudence sur ce point. Définitions proposées du FONC PUBLIC, de l'OFFICIER PUBLIC et de l'OFFICIER MINISTÉRIEL. Conséquer résulte.....
8° Intérêts pratiques de notre distinction.....
9° Transition.....

DROIT ROMAIN.

Des Militiæ venales.

AVANT-PROPOS.....

CHAPITRE I. — GÉNÉRALITÉS.

§ 1er. — Du principe de la non-vénalité des fonctions publiques, à l'ori Constitution romaine et sous la République.....
§ 2. — Propagation de la vénalité sous l'Empire.....
§ 3. — Origine du nom de *militiæ*; explication et signification du mot générale de la *militia* en *armata* et en *civilis* ou *urbana;* subdivisio dernière en trois groupes.....
§ 4. — Epoque de l'apparition et du développement des *militiæ venales* centralisation administrative au Bas-Empire. — Idée générale et no maire du fonctionarisme impérial. — *Dignitates;* leur division en militaires. — Titres honorifiques. — Hiérarchie. — Différentes sorte laires. — *Officia, scrinia, scholæ*.....

Chapitre II. — Droit public.

§ 1er. — Définition et organisation des *militiæ venales*..... 4
§ 2. — Collation des *militiæ*. — Incapacités absolues et relatives. Incompatibilités..... 4
§ 3. — Rapports des titulaires de milices avec l'autorité qui les a nommés..... 4
Section 1. — De la suspension..... 4
Section 2. — De la destitution des titulaires de milices et de la déchéance du droit de disposition..... 4
Section 3. — Diminution du nombre des titulaires. — Réduction et suppression de *militiæ*..... 4
Section 4. — Augmentation du nombre des titulaires et des *militiæ* existantes. Création de nouvelles milices..... 5

Chapitre III. — Droit privé.

§ 1er. — Introduction et caractère de la vénalité et de l'hérédité dans les milices. 5
§ 2. — Vénalité des milices. Du droit de disposition par leurs titulaires à titre onéreux ou gratuit..... 51
Section 1. — Transmission à titre onéreux..... 51
Article 1er. — De la vente des milices..... 51
I. Des éléments essentiels au contrat de vente..... 51
II. Des obligations réciproques des parties..... 51
1° Obligations du cédant..... 51
2° Obligations du cessionnaire..... 51
III. Des pactes accessoires au contrat de vente, et des causes de résolution. De la rescision de la cession pour cause de lésion..... 52
1° Des pactes accessoires au contrat de vente et des causes de résolution..... 52
2° De la rescision de la vente des *militiæ* pour cause de lésion..... 52
Article 2. — Des droits des créanciers sur les *militiæ venales* de leurs débiteurs..... 53
Section 2. — Transmission des *militiæ venales* à titre gratuit..... 56
Article 1er. — Des donations de milices entre-vifs et à cause de mort... 56
A. — Donations entre-vifs de *militiæ venales*..... 56
B. — Donations *mortis causa* de *militiæ venales*..... 56
De deux hypothèses particulières de donations de milices..... 56
Article 2. — Des legs et fidéicommis de milices..... 57
§ 3. — Hérédité des milices..... 59
Section 1. — De la milice possédée par le défunt au jour de sa mort, et envisagée au point de vue du partage entre cohéritiers..... 59
Section 2. — De la milice donnée par le défunt à l'un de ses héritiers. Conséquence de cette donation, au point de vue de la succession du donateur. Rapport..... 60

APPENDICES.

Appendice I. — Des ancêtres de nos officiers ministériels..... 61
I. — Des greffiers et des notaires..... 61
Des *scribæ*..... 62
Des ancêtres de nos notaires..... 64
II. — Des avocats et des avoués..... 65
1° Des avocats..... 65
2° Des avoués..... 65

III. — Des huissiers.....
IV. — Des commissaires-priseurs.....
V. — Des courtiers.....
APPENDICE II. — Du pécule *quasi castrense*.....
§ 1er. — Origine et développement du *peculium quasi castrense*...
§ 2. — Des biens dont se composait le *peculium quasi castrense*.
§ 3. — Des droits du *paterfamilias* et du *filius in potestate* sur l *quasi castrense*.....
SECTION 1. — Des droits du fils de famille sur son *peculium quas*
SECTION 2. — Des droits du *paterfamilias* sur le *peculium quas* de son fils.....
ARTICLE 1er. — Des droits du père de famille sur les *bona qu sia*, du vivant de son fils.....
ARTICLE 2. — Des droits du père de famille sur les *bona quasi* après la mort de son fils.....
a. — Du cas où le fils a institué par testament un hériti adition.....
b. — Du cas où le fils est mort *intestat*.....
c. — Du cas où l'héritier institué par le fils n'a pas fait aditi
d. — Du cas où le père lui-même a été institué héritier par
Table des matières du tome 1er.....

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME Ier.

NOTA. — *A la suite de cette table se trouvent les* ADDENDA *à l'Introduc et au Droit romain, et les* ERRATA *de ce volume.*

ADDENDA.

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

Page 6, note 9 *in fine.* — Sur la date de la *Notitia dignitatum*, et conformément à l'opinion que nous émettons, voy. aussi : Gibbon, *Hist. de la décad. et de la chute de l'Empire Romain*, chap. XVII, t. 4, p. 51, note 72, de l'éd. de Paris en 18 vol. in-8°, 1788-1795 ; ou t. 3, p. 307, note 1 et l'astérisque, de l'excellente édition de M. Guizot en 13 vol. in-8°, Paris, 1828 ; M. J. de Pétigny, *Etudes sur l'histoire, les lois et les institutions de l'époque mérovingienne*, t. I, p. 210, d'après lequel la *Notice de l'Empire*, rédigée, ainsi que nous le disons, au commencement du ve siècle, « décrit un état de choses existant depuis cent ans au moins » ; M. Serrigny, *op. cit.*, t. I, p. 40, note 1. Comp. M. Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, 11e éd., n° 478 *in fine*, p. 377 ; il fixe la date de cet almanach vers le milieu du ve siècle. — Consulter enfin, au sujet de la *Notice de l'Empire*, une *Note sur un manuscrit* de la *Notitia Dignitatum*, par M. Camille Jullian, dans les *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, publiés par l'Ecole française de Rome, 1881, pp. 284-289.

Page 10, note 22. — On trouve un exemple d'*officium*, pris dans le sens de fonction publique, dans Ovide, *Ex Ponto*, IV, 5, vers 24.

Page 13, note 27 *in fine.* — Voy. aussi, sur le mot *officium*, le *Grand Dictionnaire de la langue latine*, par le docteur Guill. Freund, traduit en français par M. Theil, et le *Thesaurus* de Robert Estienne.

Page 14, note 28. — Un décret du 1er mars 1879 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 8e série, p. 435) confirme absolument le sens actuel qu'on trouve dans cette note du mot *office*.

Page 24, note 58, lignes 42 et suiv. — Joindre, en ce qui concerne l'interprétation du § 96 du Comment. 1er de Gaius, M. Otto Hirschfeld, *Contribution à l'hist. du dr. latin*, trad. de M. H. Thédenat, dans la *Revue gén. du dr.*, 1880, pp. 293 et suiv.

Page 26, note 58, suite, ligne 9. — Observations à propos de la Table de bronze de Bantia, y mentionnée. — Dans la séance de l'*Académie des Inscrip-*

tions et Belles-Lettres du 2 mai 1879, M. Michel Bréal a mis en lumière un passage de l'inscription osque connue sous le nom de Table de Bantia. Un fac-simile de cette inscription a, en effet, été récemment publié dans l'excellente *Sylloge inscriptionum oscarum* de M. J. Zvetaieff (*Pars prior textum interpretationem glossarium continens*, in-8° de 154 pages. *Pars posterior tabulas continens*, 19 planches in-f°; Leipzig, Brockhaus, 1878; publié aux frais du Ministère de l'instruction publique de Russie). — La Table de bronze de Bantia a été découverte en 1790, à Oppido, en Lucanie, près de l'ancienne Bantia. Elle est gravée des deux côtés; mais les deux textes, l'un en latin, l'autre en osque (ce dernier remontant, d'après M. Bréal, à l'époque des Gracques), ne concordent pas. (Voy. la *Nouvel. rev. historiq.*, 1879, pp. 317 et suiv.)

Page 26, note 58, suite, lignes 13 et suiv. — Ajouter aux auteurs cités touchant les *Tribuni militum a populo*, M. Duruy, dans les *Mémoires de l'Académie des Inscr. et Belles-Lettres*, t. XXIX, p. 2°; Paris, imprimerie nat., 1879.

Page 36, note 64. — Comme exemple de « citoyen chargé d'un ministère de service public », on peut citer le syndic de faillite commis par justice : il exerce bien, en effet, un ministère de service public; d'où la Cour de cassation a conclu récemment que l'art. 224 du C. pén. lui était applicable (crim. rej., 12 février 1880; *Gaz. Trib.* du 14 mars suiv., p. 249, col. 2).

Page 40, lignes 6 et 7. — M. Morin qui, pour le dire en passant, a confirmé son opinion dans la troisième édition de son ouvrage (Paris, 1868, t. I, p. 103, note), M. Morin, en qualifiant fort justement les avoués d'*officiers ministériels*, n'a fait que se conformer à la loi de leur création: cette loi, datée des 15, 16, 17, 18 décembre 1790, et 29 janvier-20 mars 1791, leur donne, en effet, en termes formels, cette dénomination dans son article 3 qui les institue, et qui porte : « Il y aura auprès des tribunaux de district des officiers ministériels ou avoués..... »

Page 44, note 79 *in fine*. — Joindre aux preuves citées sur le sens du second alinéa de l'art. 54 du C. de pr. civ., Boitard et Colmet-Daage, *Leçons de procédure civile*, 11e éd., t. I, nos 117 et suiv.

Page 45, note 80, 3°. — Contrairement à la doctrine par nous émise au début de ce numéro, M. Garsonnet (*Cours de procédure*, 1re partie, p. 371, à la fin du 1er alinéa) fait résulter le caractère de fonctionnaire public de l'institution par le chef de l'Etat. Nous ne saurions admettre un semblable criterium, dont le tort considérable serait d'entraîner de regrettables confusions. Il en résulterait, en effet, que des personnes, dont la mission est essentiellement différente, devraient cependant recevoir la même dénomination. Cette assertion est à ce point fondée, qu'un peu plus loin, le même auteur (§ XCVI *in init.*, p. 375) écrit que les *officiers ministériels* sont des *fonctionnaires publics*.

Page 48, note 86. — En présence de tous les textes législatifs par nous cités, sur lesquels nous nous appuyons pour décider sans hésitation que le notaire est un fonctionnaire public, et de tous ceux que nous sommes encore destiné à rencontrer par la suite (voy. t. 3, notre *Droit actuel*, PRÉAMBULE HISTORIQUE, *passim*), nous nous permettrons de trouver pour le moins singulière l'opinion adverse, dont certains partisans ne voient, dans les expressions légales, qu'une *politesse législative*, destinée à indiquer seulement l'importance des fonctions notariales, ainsi qu'on peut le lire dans le *Répertoire* de Dalloz, mot OFFICE, n° 21.

Page 51, note 91, dernière ligne. — Le volume de M. Valette n'est plus unique. Son commentaire des titres I et II du livre II du Code civil, *De la propriété et de la distinction des biens*, publié par les soins de MM. F. Hérold et Ch. Lyon-Caen, n'était pas encore annoncé quand déjà la note 91 était imprimée.

Page 59, note 100, suite. — Sur la détermination des personnes auxquelles il convient d'appliquer la dénomination d'officiers ministériels, on pourra consulter M. Rolland de Villargues, *Rép. de la Jurisp. du notariat*, 2e éd., mot OFFICIER MINISTÉRIEL.

Page 60, note 106. — Voir également, outre les conclusions auxquelles nous renvoyons, Toullier, *Le dr. civ. fr.*, t. 7, n° 199, et Carré, *Lois de la proc. civ.*, t. 2, p. 360.

Pages 61 et suiv. — L'opinion par nous émise relativement aux greffiers, vient d'être tout récemment confirmée par un important arrêt de cassation de la Chambre criminelle, en date du 7 juillet 1881. Aux termes de cet arrêt, les greffiers faisant partie intégrante de la juridiction, quelle qu'elle soit, même d'exception, auprès de laquelle ils exercent leurs fonctions, ils sont membres de cette juridiction; ils ne sont pas officiers ministériels. Par voie de conséquence, la Cour a décidé que, si un greffier est outragé dans l'exercice de ses fonctions, les Tribunaux ou les Cours doivent infliger les peines applicables à l'outrage commis envers un membre du Tribunal ou de la Cour, et non celles applicables à l'outrage commis envers un officier ministériel. Elle a statué, dans l'espèce, que le greffier d'un Conseil de guerre est membre de ce Conseil, et, par suite, que l'outrage qui lui est adressé dans l'exercice de ses fonctions par l'accusé militaire, tombe sous le coup, non pas de l'art. 224 du Code pénal ordinaire de 1810, qui punit l'outrage à un officier ministériel, mais bien des art. 119, 2e alin., et 224 du Code de justice militaire pour l'armée de terre, du 9 juin 1857 (Devill. et Car., *Lois ann.*, 4e série, année 1857, pp. 102 et 111), qui répriment les outrages au Conseil ou à un de ses membres. (Voir dans la *Gazette des Tribunaux*, le n° du 9 juillet 1881, p. 680, col. 4, et surtout celui des 1er et 2 août, p. 757, coll. 2 et suiv., ainsi que S. V., 82, 1, 282, où se trouve rapporté le réquisitoire de M. le procureur général Bertauld, et la note, à laquelle

nous donnons notre entière adhésion, en ce sens que nous pensons, comme son auteur, que la décision précitée ne doit pas être généralisée; il ne faut pas, estimons-nous, l'étendre aux greffiers des juridictions ordinaires auxquels, par conséquent, sont seulement applicables les dispositions de l'art. 224 du C. pén. et non celles de son art. 222.) — Voy., en sens contraire de l'arrêt par nous visé, M. Foucher, *Commentaire sur le Code de Justice militaire*, p. 344, n° 681.

On peut, du reste, à l'appui de l'idée que les greffiers font partie de l'ordre judiciaire, ainsi que nous le disons en notre note 107, p. 62, tirer encore argument des art. 1040, C. pr. civ.; 77, 112, 155, 164, 189, 190, 253, 370 et 372 C. instr. crim., et 91 du décret du 30 mars 1808. Il ne faut pas toutefois exagérer cette doctrine ; c'est ainsi, par exemple, cela est incontestable, qu'ils n'ont pas droit aux privilèges de juridiction édictés par les art. 479 et 483 C. instr. crim., et, par conséquent, qu'ils ne sont pas des magistrats. (Voy. Poitiers, 28 avril 1842, Dalloz, *Rép.*, mot GREFFE, n° 36.

Page 62, note 107, lignes 24 et suiv. — Le principe par nous énoncé d'une manière absolue, que les greffiers étant indispensables à l'administration de la justice, se rencontrent partout, souffre cependant une exception : elle résulte de ce que les prud'hommes-pêcheurs rendent leurs jugements sans être assistés d'un greffier. C'est là un fait unique en France. (Voy. M. E. Garsonnet, *Cours de procédure*, 1re partie, p. 103, texte et note 12.)

Pages 63 *in fine* et 64, note 108, dernier alinéa. — De l'arrêt du 6 mai 1878, qui y est cité, il convient de rapprocher un autre qui, conformément à deux décisions des 8 sept. 1876 et 12 juin 1877, vient de statuer que le greffier de justice de paix autorisé à ne pas résider au chef-lieu de canton, ne peut exciper de sa qualité de fonctionnaire assujetti à la résidence, afin d'être inscrit sur les listes électorales de cette commune. (Voy. civ. rej., 4 mai 1881, *Gaz. Trib.* du 6 mai, p. 451, col. 2.)

Page 64, note 108 *in fine*. — A la doctrine par nous énoncée, que l'huissier est un *officier ministériel* et non un *fonctionnaire public*, on pourrait opposer un avis du Conseil d'Etat du 5 ventôse an XIII = 24 février 1805, qui porte « que les huissiers doivent, à la vérité, être regardés comme fonctionnaires publics..... » (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 693.) Mais il est certain que ces mots ne doivent pas s'entendre d'une manière générale et absolue, et, du reste, la suite de l'avis précité le prouve bien par les restrictions qu'il apporte immédiatement à cette proposition. Il faut encore dire de cet officier qu'il a un caractère mixte, et qu'il joue le double rôle tantôt d'officier ministériel, tantôt de fonctionnaire public. Nous ne connaissons pas de *loi* qui lui donne ce dernier titre. — Au demeurant, l'avis du Conseil d'Etat dont nous nous occupons est intervenu au sujet d'une question toute spéciale. Il s'agissait de savoir si les huissiers étaient exempts du droit de péage établi sur le pont de Duffel, sur la Nèthe, droit

de péage dont l'arrêté du 14 fructidor an X = 1er septembre 1802 exemptait les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. Et le Conseil d'Etat fut d'avis que les huissiers devaient, il est vrai, être regardés comme fonctionnaires publics, mais que l'exercice de leurs fonctions n'étant manifeste que lorsqu'ils accompagnaient quelque prévenu ou condamné, le corps entier ou quelque membre du Tribunal auquel ils sont attachés, marchant pour leur service, ils devaient, dans tout autre cas, être assujettis, comme les simples particuliers, au droit de péage. M. Garsonnet (*Cours de procédure*, 1re partie, p. 374) s'autorise de l'avis indiqué pour qualifier les huissiers fonctionnaires publics, et il ajoute que c'est pour ce motif que les art. 114 et 174 C. pén. leur sont applicables. Nous reconnaissons, sans difficulté, l'applicabilité de ces deux dispositions aux huissiers ; mais cela ne met en aucune façon obstacle à notre manière de voir. Il suffit de lire ces articles pour demeurer convaincu qu'elle est fondée.

Page 75, note 112. — Le jugement du Tribunal de Chaumont, cité à la ligne 32 de cette page, devait être annulé, comme il l'a été par un arrêt de Dijon cité à la ligne suivante, par suite de ce motif qu'il interdisait à un particulier de vendre, *à l'avenir*, ses immeubles aux enchères publiques, ce qui est contraire à l'art. 5 du C. civ. (Voy. M. E. Garsonnet, *Cours de procédure*, 1re partie, p. 19, texte et note 4 *in init.*)

Page 78, note 112, 4e alin. et suiv. — Le compte général de l'administration de la Justice civile et commerciale en France et en Algérie pendant l'année 1879, le dernier qui ait été publié à notre connaissance, constate, au début de sa septième partie, que « les 9.123 notaires en exercice pendant l'année 1879 ont dressé 3.319.624 actes de leur ministère », c'est-à-dire près de 364 actes par notaire, au lieu de 360 en 1878 et en 1877. (Voy. *Gaz. Trib.* du 27 juillet 1881, p. 737, col. 3.) Le même compte général constate qu'en 1879, le nombre des ventes judiciaires s'est élevé à 21.736, dont les tribunaux se sont réservé 12.067 (56 p. 100) et ont confié 9.669 à des notaires. Quant aux frais des ventes judiciaires d'immeubles de peu d'importance, les deux dernières colonnes du tableau, où sont classées ces ventes effectuées en 1879 eu égard à l'importance des prix d'adjudication et des frais, prouvent que non-seulement ils sont ruineux pour les parties intéressées, mais qu'ils ont été encore plus considérables en 1879 qu'en 1878. Aussi M. le Garde des Sceaux désire-t-il vivement « que le projet et la proposition de loi déposés en 1876 et en 1878 soient soumis le plus promptement possible à l'appréciation du Parlement. » (Voy. *Gaz. Trib.* du 22 juillet 1881, p. 721, coll. 3 et 4.) En Algérie, les tribunaux ont procédé en 1879 à 393 adjudications définitives d'immeubles, et les notaires à 13. (*Gaz. Trib.* du 28 juillet, p. 741, col. 2, *Ventes judiciaires*.)

Sur les ventes judiciaires de petits immeubles, voir, dans la *Réforme sociale* du 15 février 1881, un article de M. U. Guérin.

Page 78, note 112, XI, I, *e in fine*. — Dans la séance du 14 janvier 1878, M. Dufaure, alors Président du Conseil et Ministre de la Justice, et M. Léon Say, Ministre des Finances, ont déposé sur le bureau de la Chambre un projet de loi concernant les ventes judiciaires d'immeubles. Ce projet était le même que celui qui avait déjà été déposé par les mêmes ministres dans la séance du 17 mai 1876, et que nous citons à l'endroit susindiqué. La commission de la Chambre des députés, chargée de l'examiner ainsi que la proposition de loi présentée par M. Turquet, relative aux ventes judiciaires d'immeubles appartenant à des mineurs, a déposé son rapport dans la séance du 27 décembre 1880. Il est rédigé par M. Rameau et publié par la *Gazette des Tribunaux*, Nos des 13, 14 et 15 janvier 1881. Il se trouve accompagné d'un contre-projet qui a été accepté par le Gouvernement; car, tout récemment, le 26 novembre 1881, M. Cazot, alors Ministre de la justice, a déposé à la Chambre des députés le nouveau projet de loi dont nous parlons; il est publié avec l'exposé des motifs dans la *Gazette des Tribunaux* du 10 décembre 1881, p. 1211, coll. 1 et suiv., et a donné lieu à un rapport de M. Rameau, inséré avec le projet de loi dans la *Gazette des Tribunaux* du 23 mars 1882, p. 287, coll. 1 et suiv.

Page 79, note, ligne 14 *in init.* — Après les mots : de commerce, suppléez, entre parenthèses, (art. 486).

Page 83, note 112. — Sur le droit exclusif attribué aux commissaires-priseurs de procéder aux prisées et ventes mobilières, au chef-lieu de leur établissement, voy. Rennes, 12 fév. 1879, S. V. 80, 2, 205.

Page 86 *in fine*, note 112, suite. — Ajouter à la fin du 1er alin. Comp. décis. du minist. de la just. du 23 déc. 1878 (*Bullet. off. du min. de la just.*, 1878, 1re partie, p. 133).

Page 87 *in fine*, note 112, suite. — Voy. aussi, sur la loi du 25 juin 1841, M. J.-L. Jay, *Commentaire sur les ventes de meubles et de marchandises, d'après la loi du 25 juin* 1841.

Pages 98 *in fine* et suiv., note 116, suite. — Sur les principes énoncés dans ce passage relativement à la taxe des notaires, et au sujet desquels on pourra consulter M. A. Amiaud (*Le tarif général et raisonné des notaires*, 2e éd.), qui soutient contre la jurisprudence, que l'art. 51 de la loi de ventôse n'a pas été abrogé par l'art. 173 du décret portant tarif, et que les honoraires sont susceptibles d'être obligatoirement réglés d'un commun accord entre le notaire et ses clients, voir une application récente, dans un arrêt d'Amiens du 3 mai 1880 (*Gaz. Trib.* du 22, p. 535, col. 4). — D'après un jugement également récent du tribunal civil de Fort-de-France (Martinique), du 31 janvier 1880 (*Gaz. Trib.* du 25 avril suiv., p. 419, col. 2), la taxe judiciaire n'est pas d'ordre public, pour les frais et honoraires dus aux notaires dans la colonie de la Martinique, de la Guadeloupe et de

a Réunion. D'où la conséquence, que le règlement amiable consenti par les parties met obstacle à toute demande ultérieure de recours à la taxe du Président du tribunal. La législation coloniale déroge donc, sur ce point, aux articles 171 et 173 du premier tarif de 1807. (Voy. art. 49 du décret du 14 juin 1864, pour les Antilles, et art. 50 du décret du 26 juin 1879, pour l'île de la Réunion; *Bulletin officiel de la Marine*, 1879, p. 1293, n° 30.)

Page 102, note 119. — Conformément au 1er alinéa de l'art. 20 de la loi du 26 mai 1819, cité au texte, le 1er alinéa de l'art. 35 de la dernière loi sur la presse, publiée par le *Journal officiel* du 30 juillet 1881 (voy. ci-dessous, sur la note 120 de la p. 103), dispose que : « La vérité du fait diffamatoire, mais seulement quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie par les voies ordinaires dans les cas d'imputation contre les corps constitués, etc..... » (Comp. art. 32.)

Page 103, note 120. — La loi sur la presse du 29 décembre 1875, dont il est question au 3°, a été remplacée par une nouvelle loi, publiée dans le n° du *Journal officiel* du 30 juillet 1881 (Sirey, *Lois ann.*, 1882, pp. 1 et suiv.). D'après cette dernière loi, dont on a déjà proposé de modifier certaines dispositions (voy. *Bulletin de la Société de législ. comparée*, n° 5, mai 1882, p. 375), et à laquelle il convient de joindre l'importante circulaire adressée le 9 novembre suivant par le garde des sceaux aux procureurs généraux près les Cours d'appel (voy. la *Gazette des Trib.* des 12 et 13 nov. 1881), la diffamation commise envers les particuliers, et prévue par ses art. 30 et 50, et l'injure publique, non précédée de provocation, commise envers les particuliers (art. 34, 2e alin.), sont, aux termes du second alinéa de son art. 45, de la compétence des Tribunaux correctionnels, ainsi ques l'outrage commis publiquement envers les ambassadeurs, ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatique accrédités près du gouvernement (art. 37). Quant à l'offense commise envers le Président de la République (art. 26), la diffamation commise envers les cours, tribunaux, armées de terre ou de mer, corps constitués et administrations publiques (art. 31), membres du ministère, des chambres, fonctionnaires publics, dépositaire ou agent de l'autorité publique, ministre de culte salarié, citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, un juré, un témoin à raison de sa déposition (art. 32), l'injure commise envers les corps ou personnes désignés par les deux articles précédents (art. 34, 1er alin.), l'offense commise publiquement envers les chefs d'Etats étrangers (art. 36), elles sont, aux termes du 1er alinéa de l'art. 45, de la compétence de la Cour d'assises, compétence qui, du reste, est générale pour les crimes et délits prévus par la présente loi, sauf les exceptions indiquées par les alinéas 2 et 3 du même article. — Consulter, au surplus, le livre tout récent de M. G. Petit, *La loi sur la presse du 29 juillet 1881, commentée par la circulaire du 9 novembre, avec des*

notes et la jurisprudence, Paris, Marchal, Billard et Cie ; voy. aussi L. 1881 *sur la presse*, par MM. H. Celliez et Ch. Le Senne, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1882, 1 fort vol. in-8°, et enfin l'*Annuaire de la Presse française* par M. E. Mermet, 3e année, 1882 ; on trouvera dans ce dernier ouvrage, outre le texte de la nouvelle loi sur la presse, tous les documents officiels concernant son application, ainsi que les procès de presse jugés depuis sa promulgation.

Pages 98 et 181 *in fine*, notes 116, dernier alinéa, et 204. — Une loi belge récente, adoptée le 26 juillet 1881 par la Chambre des députés, loi excellente, et que son article 6 déclare applicable à l'Algérie et aux colonies, décide : Art. 1er, que l'action des notaires en paiement des sommes dues pour les actes de leur ministère se prescrira par cinq ans, à partir de la date des actes (1) ; que la prescription ne cessera de courir que lorsqu'il y aura eu compte arrêté, reconnaissance, obligation ou citation *en justice* non périmée ; que les articles 2275 et 2278 du C. civ. sont applicables à cette prescription, et que, pour les actes dont l'exécution est subordonnée au décès, tels que testaments et donations entre époux pendant le mariage, les cinq ans ne dateront que du jour du décès de l'auteur de la disposition. — Aux termes de son art. 2, les demandes en taxe et les actions en restitution des honoraires dus aux notaires pour des actes de leur ministère se prescrivent par deux ans, du jour du paiement ou du règlement par compte arrêté, reconnaissance ou obligation. — D'après son art. 3, la taxe *des actes* notariés, régulièrement faite par le Président du tribunal, donnera ouverture à un exécutoire délivré par le greffier sur la réquisition du *notaire*, et susceptible d'opposition de la part de la partie. L'art. ajoute que les oppositions à taxe seront jugées en séance publique, comme en matière sommaire, et que les jugements seront susceptibles d'appel dans les délais et formes ordinaires. — Appliquant ensuite les dispositions de l'art. 2 aux avoués et aux huissiers, l'art. 4 déclare que les demandes en taxe et toutes actions en restitution de frais et honoraires contre ces officiers publics, seront prescrites par deux ans, du jour du paiement ou du règlement par compte arrêté, reconnaissance ou obligation. — Enfin, d'après l'art. 5, « La présente loi sera applicable aux paiements et règlements effectués, aux actes passés antérieurement à ce jour, et les prescriptions commencées, et pour lesquelles il faudrait encore, d'après les lois actuelles, plus de deux ans ou de cinq ans, seront acquises par l'expiration de ces délais, en suivant les distinctions déterminées par les articles précédents, à compter de la pro-

(1) Comp. l'art. 3 de la loi allemande du 26 décembre 1873, qui soumet à la prescription quinquennale l'action des notaires en paiement de leurs honoraires et déboursés. (Voy. l'*Annuaire de la législ. étr.*, 1874, p. 588, et M. G. Flach, *Du rachat des off. min. et du Notar. en Alsace-Lorraine*, dans le *Journal du dr. intern. privé*, 1880, p. 556, 4e.)

ulgation de la présente loi. » (Voy. *Gaz. Trib.* du 28 juillet 1881, p. 741, ol. 1.)

Page 99, note 116. — Le pourvoi formé contre l'arrêt de Nîmes cité à la igne 16 *in fine* de cette note, a été rejeté par la Chambre des requêtes, le 29 juin 1880 (S. V., 80, 1, 310).

Page 101, note 118 *in init.* — Joindre à l'arrêt cité au début de cette note, un arrêt de rejet de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, du 7 mai 1880 (*Gaz. Trib.* du 16, p. 502, col. 4), qui a pareillement décidé que les greffiers étant membres des cours et tribunaux, aux termes de l'art. 63 de la loi du 20 avril 1810, et non des officiers ministériels (voy. pp. 61 et suiv., ainsi que les *addenda* à ces pages), ce serait à tort que le Procureur général demanderait qu'il leur fût fait application de l'art. 63 du décret du 30 mars 1808, pour une irrégularité commise par un huissier que ce dernier prétend imputer à un greffier. — Ce même arrêt commence par poser en principe que l'art. 103 précité, qui autorise les cours et tribunaux à connaître des fautes disciplinaires des officiers ministériels (dans l'espèce, d'un huissier), commises ou découvertes à leur audience, ne saurait être étendu à des cas autres que ceux qu'il a limitativement prescrits; que la répression doit être immédiate, et frapper l'officier ministériel, dont l'acte est entaché d'irrégularité, et que, spécialement, les cours ne peuvent connaître de ces fautes découvertes à une audience antérieure, et qu'elles ne peuvent pas plus en connaître, sous le prétexte d'investigations ou d'enquêtes, ayant pour objet de rechercher le véritable auteur de la faute ou de l'irrégularité commises.

Page 102, note 118. — Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 21 mars 1879 a été rejeté par arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 1er décembre 1880 (*Gaz. Trib.* du 9, p. 1275, col. 2), qui décide que les actions disciplinaires dont la loi du 25 ventôse an XI défère la connaissance aux tribunaux civils, sont soumises, quant aux formalités qui sont compatibles avec leur nature et leur but, aux règles de la procédure civile, et, par suite, à celles qui gouvernent l'appel, et qu'en conséquence, la déclaration d'appel faite au greffe, par le ministère public, dans une poursuite dirigée contre un notaire, est valable, si elle a été faite dans le délai légal de deux mois, et qu'il n'est pas nécessaire que la déclaration soit suivie d'une assignation notifiée dans le même délai.

Page 107, note 122. — Joindre aux sources auxquelles nous renvoyons au début de cette note, Besançon, 23 fév. 1880, S. V., 82, 2, 9 et note 4; Angers (Ch. réunies), 15 févr. 1882, *Gaz. Trib.* du 7 avril, p. 344, col. 1 *in fine*, et à celles auxquelles nous renvoyons à la fin, un article publié dans la *Revue de législation et de jurisprudence* (Revue Wolowski), t. 2, pp. 460 et suiv., et relatif à l'étendue de la responsabilité des officiers ministériels à l'égard des fautes par eux commises. Consulter également, en ce qui concerne la

responsabilité notariale, un article de M. Alph. Lefebvre, dans le Journal du Notariat, n° du 7 octobre 1865 (comp. le même auteur dans le [illegible] Journal, n°s des 22, 26 août et 14 octobre 1874); M. Walquenart, De la responsabilité civile des notaires, 1877, 1 vol. in-8; le Formulaire général complet du notariat de MM. Clerc, Dalloz et Vergé, 7e éd., 1881, 2 [illegible] gr. in-8; le Répertoire pratique des droits d'enregistrement et d'hypothèque et Traité de la responsabilité des notaires de M. Defrénois, [illegible] 1 vol. in-8 (extrait du t. 4 du Traité pratique et formulaire général du notariat de MM. Defrénois et Vavasseur, 4e éd., 1881, 5 vol. gr. in-8); [illegible] un arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 1882 (Gaz. Trib. du 12, p. [illegible] col. 2 *in init.*, VII); — relativement à la responsabilité de l'agent de change, M. Alph. Lefebvre, *ubi supra*, n°s des 14, 17 et 21 mars 1866, ainsi que l'exposé doctrinal de M. J.-E. Labbé, dans le *Journal du Palais*, 1875, 113 (6 col.), la note dans Dalloz, 1872, 1, 161 (6 col.), — et enfin, en ce qui touche celle de l'avoué, Trib. civ. de Nevers, 13 mars 1882 (*Gaz. Trib.* du 25 mars, p. [illegible] col. 1).

Page 107, note 122 à la fin. — Ajouter, sur la responsabilité des officiers ministériels en général, le *Formulaire général à l'usage des notaires, juges de paix, avoués, huissiers, greffiers*, etc., de MM. Mourlon et Jeannesson Saint-Hilaire, nouv. éd., 1881, 1 vol. gr. in-8; cet ouvrage est précédé de deux dissertations, dont l'une sur le sujet indiqué; voir aussi Demolombe, t. 31, n°s 520, 521, 522, 528-538 inclus.

Page 108, texte et note 124. — On trouvera une application toute récente de l'art. 415 C. inst. crim. dans un arrêt de cassation de la Chambre crim. du 11 mars 1880 (*Gaz. Trib.* du 12, p. 241, col. 4), qui condamne un greffier aux frais de la procédure à recommencer. Deux mois plus tard, l'arrêt de rejet déjà cité (voy. *supra*, p. 747, au sujet de la p. 101, note 1[illegible] *in init.*) de la même Chambre de la Cour suprême, en date du 7 mai 1880 (*Gaz. Trib.* du 16, p. 502, col. 4), a décidé que l'art. 415 du C. inst. crim. ne permet de condamner les greffiers, les huissiers et les juges aux frais d'une procédure à recommencer, que quand la Cour de cassation ou la Cour d'appel prononce la nullité de la procédure, et qu'en conséquence, l'arrêt de la Cour d'assises qui ordonne le renvoi d'une affaire d'assises à une autre session, par suite de l'erreur dans la notification de la liste des jurés, ne prononçant aucune nullité, l'art. 415 est inapplicable.

A notre connaissance, la dernière expression de la jurisprudence, en ce qui concerne l'application de l'art. 415 aux huissiers, se rencontre dans un arrêt de cassation de la ch. criminelle, du 8 septembre 1881 (*Gaz. Trib.* du 10, p. 895, col. 3).

Page 108, note 124, ligne 22 *in init.*; lisez : Rennes, Oberthur et fils, 1879.

Page 109 *in fine*, note 124, suite. — L'application au notaire de l'art. 1382 C. Civ. souffre d'autant moins difficulté, et le principe de responsabilité

l'il édicte doit être interprété contre lui d'autant plus rigoureusement, ıe c'est un mandataire salarié et imposé. (Voy. Trib. civ. d'Auxerre, ı août 1880; *Gaz. Trib.* des 6-7 sept., p. 932, col. 2 et col. 4, note 7.) 'application la plus récente de nous connue, que la Cour de cassation ait ıite au notaire de l'art. 1382 C. civ., se trouve dans un arrêt de rejet de la ıhambre des requêtes du 11 juillet 1881 (S. V., 82, 1, 12).

Page 114, note 133, fin du 1er alinéa. — On consultera encore avec fruit, elativement au cautionnement des officiers ministériels et des fonctionıaires publics, et aux diverses questions qui s'y rattachent, la nouvelle édition du *Traité de la législation spéciale du trésor public en matière contentieuse*, de M. J. Dumesnil, refondue par M. G. Pallain, Paris, Hetzel et Ce, 1881, nos 127 à 204 inclus, pp. 138 à 232. Nous citons la première édition de ce *Traité*, qui date de 1846, à la note 183 *in fine*, p. 167.

Pages 114, dernier alin., et 116, 1er alin., note 133. — Le Trib. civ. de la Seine a, par jugement du 8 juillet 1880 (*Gaz. Trib.* du 25, p. 779, col. 4), décidé que les créanciers d'un failli, représentés par le syndic, n'ont aucun droit sur les rentes sur l'Etat français, attribuées à ce failli, par la liquidation d'une succession dont il est héritier.

Le droit du syndic, comme mandataire du failli, ne peut aller jusqu'à lui permettre de faire transférer ces rentes en son nom, malgré l'opposition du propriétaire.

Le failli a donc le droit d'opposer à ses créanciers comme au syndic le caractère d'insaisissabilité de certains de ses biens, dont la loi, en lui conservant la propriété, lui a seulement retiré l'administration. — Cette décision est contraire à l'opinion que nous avons cru pouvoir adopter sur ce point de droit, avec la Cour de cassation, au passage précité.

Page 116, note 133, suite, *in init.* — Un arrêt de la Cour de Paris, du 7 juin 1880 (*Gaz. Trib.* du 8 août, p. 831, col. 1), décide que l'insaisissabilité qui frappe les rentes sur l'Etat français cesse, lorsque ces rentes ont été perçues. Il résulte de là qu'elles peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt entre les mains d'un séquestre chargé d'en toucher les arrérages.

Consulter, sur le principe général de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat, et sur les oppositions à leur transfert, à la requête du syndic de la faillite du titulaire, la nouvelle édition du *Traité de la législation spéciale du Trésor public en matière contentieuse*, de M. J. Dumesnil, cité au sujet de la p. 114, note 133, fin du 1er alin. — Voy. aussi M. Buchère, *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics, rentes sur l'État*, etc., 2e éd., 1881, 1 vol. in-8°.

Page 115, note 133, suite, 2e alin. — L'arrêt de Poitiers, du 3 décembre 1877, dont il est question, a été l'objet d'un pourvoi en cassation, que la Chambre des requêtes a rejeté le 22 décembre 1879 (S. V. 81, 1, 112).

Pages 128 et suiv., note 139. — A propos du privilège de premier ordre,

consulter un article de M. Ad. Harel, inséré dans le *Journal des Aux* t. LXXXIX (1864), pp. 457-466, sous ce titre : *Quels actes peuvent considérés comme faits de charge donnant lieu au privilège de prem ordre sur le cautionnement des officiers ministériels, et comment s'exe ce privilège?*

Page 153, note 171, suite, 2e alin. — Sur la question de savoir si le jug ment de validité de la saisie-arrêt opère la saisine des deniers arrêtés la personne du saisissant, à l'exclusion des saisissants postérieurs, voi Rennes, 28 fév. 1879, 2e (S. V., 80, 2, 110, texte et note 2).

Page 157, note 171, suite, 1er alin. *in fine*. — Sur les caractères de l tierce-opposition, consulter un article de M. E. Naquet, dans la *Rev. critique de législ. et de jurisp.*, nouv. série, t. 2, 1872-1873, pp. 351 et suiv.

Page 157, note 171, suite, 2e alin. — Joindre aux arrêts qui décident que le jugement de validité doit avoir acquis l'autorité de la chose jugée, pour emporter attribution, d'une manière définitivement exclusive, des deniers saisis au profit du saisissant, Req. rej., 28 déc. 1880 (*Gaz. Trib.* 30 déc., p. 1349, col. 4, et S. V., 81, 1, 155). Cet arrêt statue que le jugement qui prononce la validité d'une saisie-arrêt, avec injonction au tiers saisi de payer entre les mains du saisissant, n'opère, au profit de ce dernier, un transport judiciaire dont l'effet est de le rendre propriétaire exclusif des deniers arrêtés, jusqu'à concurrence des causes de la saisie, qu'autant que ce jugement a acquis l'autorité de la chose jugée; et il tire de là cette conséquence que, dès lors, la connaissance du jugement de validité, tant qu'il n'est pas passé en force de chose jugée, ne saurait, vis-à-vis du tiers saisi, équivaloir à un transport lui donnant le saisissant pour créancier, demeurant débiteur du créancier originaire, le tiers saisi peut faire offre à ce dernier du montant de la dette, à charge de rapporter mainlevée des oppositions faites entre ses mains, et consigner, si ces offres n'ont pas été acceptées.

Pages 172 et 173, note 196. — Voy. note 1-2 sous civ. cass., 10 décembre 1879 (S. V., 80, 1, 265), et Bourges, 10 fév. 1879 (S. V., 80, 2, 171).

Pages 172 et suiv., note 196. — On peut considérer aujourd'hui la jurisprudence comme constante, pour décider que le décret du 19 sept. 1870 n'a rien changé au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, en vertu duquel les Tribunaux civils ne peuvent connaître des actes administratifs. (Voy. Bourges, 10 fév. 1879, S. V., 80, 2, 171, et civ. cass., 10 déc. 1879, S. V., 80, 1, 265, et la note détaillée; Rennes, 8 déc. 1879, S. V., 80, 2, 314.)

Au sujet du décret du 19 sept. 1870, tel qu'il est, avec raison, interprété par la jurisprudence également constante du Tribunal des conflits, consignée

n cette note, il convient de lire la très-juste critique faite par M. Batbie, le la conséquence amenée par ce décret, au point de vue de la difficulté les poursuites qu'on veut exercer contre les agents du Gouvernement, lans l'exposé des motifs de la proposition de loi par lui déposée, le 15 février 1881, au Sénat, sur la *Garantie des droits*. Il a été publié *in extenso*, avec la proposition de loi, par la *Gazette des Tribunaux* du 2 mars, p. 209, coll. 1 et suiv.; voy. spécialement col. 2.

Page 173, note 196 *in fine*. — L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation de 1874 et de 1876, cités à l'avant-dernière ligne de cette note, n'est pas unanime. Quelle que soit la portée de ces décisions, et en admettant même qu'elles affirment une fois de plus la jurisprudence de la Cour suprême, qui aurait de la sorte soutenu jusqu'ici invariablement, depuis son arrêt du 3 juin 1872, que le décret du 19 sept. 1870 a nécessairement pour effet d'appeler les Tribunaux à apprécier et à qualifier les actes imputés aux agents du Gouvernement, et qui donnent lieu à une action en réparation civile, nous n'en persistons pas moins à donner nos préférences à la jurisprudence incontestablement très-stable, jusqu'à ce jour, du Tribunal des conflits, qui ne reconnaît pas à ce décret d'autre effet que d'exempter les poursuites exercées devant les tribunaux judiciaires de la fin de non-recevoir qui résultait du défaut d'autorisation administrative, et qui considère comme étant encore en vigueur les dispositions organiques de la séparation des pouvoirs, défendant aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs. (Voy., dans le sens de la jurisprudence du Tribunal des conflits : une note de M. Cazalens, dans D. P., 72, 1, 385; les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement David devant le trib. des conflits, sur l'affaire *Pelletier*, jugée en juillet 1873; les observations de M. Hallays-Dabot sur cette décision, dans le *Recueil des arrêts du Conseil;* les conclusions de M. le 1er avocat général Blanche devant la Cour de cassation, dans l'affaire jugée par l'arrêt de 1874 cité à la fin de notre note 196, D. P., 76, 1, 297; un article de ce même magistrat, publié dans *Le Droit* du 24 janvier 1875; M. Labbé, dans le § 1er d'une note insérée dans S. V., 76, 1, pp. 193 et suiv.; voy aussi le § 2 *sub fin.* de cette note, pp. 195 *in fine* et suiv.; M. P. Bernard, *De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre* 1870, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1876, pp. 515 et suiv., et 590 et suiv.; joindre 1877, pp. 12 et suiv., et 441 et suiv.; 1878, pp. 41 et suiv.; M. Batbie, *Précis de dr. admin.*, 4e éd., p. 625. Comp. M. Dareste, *La Justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, 1 vol. in-8°, 1862, pp. 518 et suiv. — *Contra* : MM. Reverchon, conclusions sur l'arrêt du 3 juin 1872, S. V., 72, 1, 186, et D. P., 72, 1, 385; joindre *Le Droit* du 14 nov. 1873; Ducrocq, *Cours de dr. admin.*, 6e éd., Paris, Thorin, 1881, t. I, nos 687 à 690, pp. 644 et suiv.; Sorel sur Mangin, *Traité de l'action publique*, t. 2, pp. 1 et suiv. — Comp. M. E. Dubois, dans

S. V., *loc. cit.* au début de notre note 196, et M. Eug. Garsonnet, Cours *procédure*, 1re partie, § VI, p. 35.)

Ajoutons que la divergence que nous venons de constater dans la jurisprudence et dans la doctrine a eu son écho au sein des Chambres, et ainsi que le Sénat a été saisi, le 26 mai 1879, par deux de ses membres d'une proposition de loi qui fut, le 31 juillet suivant, l'objet d'un rapport favorable de la commission d'initiative parlementaire, et qui s'harmonise très-bien avec le principe de la séparation des deux autorités administrative et judiciaire. (Voy. le *Journal officiel* du 10 octobre 1879, p. 9555.) Et ainsi encore que la Chambre des députés a été également saisie par deux de ses membres, de deux propositions différentes; l'une directement contraire au principe de la séparation des deux autorités; l'autre qui, d'une manière absolument insuffisante, cherche à sauvegarder l'existence de ce principe. (Voy. M. Ducrocq, *ubi supra*, n° 689 *ter*, p. 651, texte et note 1.) — Au demeurant, le décret du 19 septembre 1870 donna, dans son application, naissance à une foule de controverses, sur lesquelles on pourra consulter, outre les arrêts cités au début de la note 196, d'une part, en ce qui concerne les ministres du culte, MM. Ducrocq, *op. et loc. citt.*, n° 692, p. 653, et Garsonnet, *op. cit.*, § VI, pp. 34 et suiv.; et, d'autre part, sur le point de savoir si ce décret a supprimé, modifié, ou respecté les privilèges de juridiction des Magistrats et les limites de leur responsabilité civile, s'il a laissé subsister ou non intactes les règles spéciales de la prise à partie : MM. Duvergier, *Collection des lois*, t. LXX, p. 335, note 1; Colmet-Daage sur Boitard, *Leçons de procéd. civ.*, 12e éd., Paris, 1876, t. 2, n° 756, p. 123 *in init.*, et p. 126, note 3 (l'opinion de cet auteur a varié dans la 13e éd., Paris, 1878; voy. t. 2, n° 756, p. 123 *in init.*); E. Glasson, *Observations sur le décret du Gouvernement de la défense nationale, du 19 septembre 1870*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouv. série, t. III, 1873-1874, pp. 380 et suiv.; Emion, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 66; Labbé, § 2 de la note citée plus haut, pp. 195 et suiv., et sa note 1, dans S. V., 77, 1, 193; Molinier, *De l'abrogation de l'art. 75 de la Constitution du 22 frimaire an* VIII, dans le recueil de l'*Académie de législation de Toulouse*, t. XIX, 1870, pp. 393 et suiv.; Sorel sur Mangin, t. 2, p. 3; Ducrocq, *op. et loc. sup. citt.*, n° 694, pp. 654 et suiv.; Garsonnet, *op. cit.*, § LIX, pp. 235 et suiv. — On consultera enfin avec fruit, sur les conséquences du décret de 1870, M. L. Aucoc, *Conférences sur l'Administration et le Droit admin. faites à l'Ecole des Ponts et Chaussées*, 2e éd., Paris, Dunod, 1878-1882, t. I, nos 419 et suiv., pp. 661 et suiv.

Page 173, note 197. — Consulter sur les conditions qui devaient être réunies pour que l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII reçût son application, M. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6e éd., t. I, n° 684, pp. 639 et suiv.

Page 180, note 204. -- Sur le droit de rétention, voy. M. C. A. Pret, *Le roit de rétention dans les législations anciennes et modernes, française t étrangères*, 1 vol. gr. in-8°, 1880.

Page 181, note 204, lignes 9 *in fine* et suiv. — Sur la question de savoir si l'avoué non payé de ses frais peut retenir les titres qui lui ont été confiés, voy. une décision ministérielle du 7 août 1811 (M. Demoly, t. I, p. 128, n° 732), qui admet la négative, et contient une distinction identique à celle que nous indiquons être enseignée par Carré (lignes 12 et suiv.).

Page 183, note 204, suite, 2e alin. — Voy. encore, sur le droit de rétention, la note mise sous un jugement du Tribunal supérieur de Berlin, du 18 juillet 1879, dans le *Journal du droit international privé*, 1880, pp. 501 et suiv.

Page 184, note 204 *in fine*. — Sur le décret du 25 juin 1878, cité au dernier alinéa de cette note, voy. M. E. Garsonnet, *Cours de procédure*, 1re partie, p. 366, 2e, texte et note 4.

Page 186, note 206. — Nous devons également mentionner ici que l'huissier jouit, tout ainsi que l'avoué (voy. note 204 et les *addenda* à cette note), d'un droit de rétention, jusqu'au parfait paiement de ses frais et honoraires. Il a été jugé, à cet égard, qu'il peut, jusque-là, retenir les actes de poursuites qu'il a faits, ainsi que les expéditions de jugements dont il a soldé le coût, et cela, alors même que son client, tombé en faillite, a obtenu un concordat lui faisant remise d'une partie de ses dettes, moyennant un dividende dont il a fait offre à l'huissier. (Voy. Trib. civ. de Rouen, 11 février 1870, S. V., 70, 2, 333, et les art. 1999, C. civ., et 516, C. comm.) Il a toutefois été décidé que l'huissier qui a été chargé, par un commerçant depuis tombé en faillite, du recouvrement d'un certain nombre d'effets de commerce, ne peut se refuser de remettre au syndic ceux de ces effets que celui-ci réclame, en offrant de payer tous les frais relatifs à ces titres, et qu'il n'a pas le droit de retenir tous les effets, jusqu'à l'entier paiement des frais par lui faits dans toutes les affaires. (Bordeaux, 14 mai 1879, S. V., 79, 2, 207.) Tout en acceptant cette solution en principe, nous pensons qu'elle devrait varier dans l'hypothèse où il y aurait indivisibilité entre toutes les affaires, entre tous les recouvrements.

En ce qui touche les critiques que nous adressons dans cette note au système du décret de 1813 relativement aux bourses communes, nous sommes heureux de constater que notre sentiment se trouve en harmonie avec la tendance de la législation belge, puisqu'une loi du 26 avril 1880 vient, par son art. 1er, d'abroger, à l'exception des art. 93, 94 et 95, les dispositions de ce décret concernant la bourse commune des huissiers. (Voy. le *Moniteur* du 29 avril et l'*Annuaire de législation étrangère*, 1881, pp. 382 *in fine* et suiv.)

Page 190, note 207, suite, fin du 1er alinéa. Ajouter, après le renvoi fait à l'ouvrage de M. Boistel : Voy., en sens contraire, MM. Mollot, *Bourses*

e comm., 3e éd., n° 15; Jeannotte Bozérian, *La Bourse*, t. I, n° 403; Robert de Villargues, mot BOURSE DE COMMERCE, n° 13, et Goujet et Merger, mot BOURSE DE COMM., n° 26.

Page 191, note 207 *in fine*. — Consulter également sur les agents de change au point de vue international, M. E. Guillard, *La Bourse, les Agents de change et les opérations de Bourse dans les législations étrangères* dans le *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* (1877, pp. 307 et suiv., et 400 et suiv.; 1878, pp. 146 et suiv.; 250 et suiv., et 478 et suiv.). Voy. aussi, dans le même *Journal* (1880, pp. 126 et suiv.), le décret du 6 février 1880, relativement à la négociation en bourse et à l'admission à la cote des valeurs étrangères, ainsi qu'à l'attribution des chambres syndicales d'agents de change.

Page 192, note 208 *in fine*. — On pourra, d'une manière générale, consulter encore sur les agents de change, à l'abolition du privilège desquels tend une proposition de loi prise en considération par la Chambre des députés dans le premier trimestre de 1882 (exposé des motifs, Annexes, p. 432), les auteurs suivants : MM. Mongalvy et Germain, *Analyse raisonnée du Code de commerce*, 1824, 2 vol. in-4°; Dageville, *Commentaire du Code de commerce*, 1827, 4 vol. in-8°; Vincens, *Exposition raisonnée de la Législation commerciale*, 1834, 3 vol. in-8°; Mollot, *Bourses de commerce. Agents de change et courtiers*, 1853, 2 vol. in-8°; Pardessus, *Cours de droit commercial*, 6e éd., publiée par M. Eug. de Rozière, 1856-1857, 4 vol. in-8°; Delamarre et Lepoitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, nouv. éd., 1860-61, 6 vol. in-8°; Bédarride, *Commentaire du Code de commerce. Des bourses de commerce, agents de change et courtiers*, 1862, 1 vol. in-8°; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité complet de droit commercial*, 1861-65, 6 vol. in-8, et *Traité des bourses de commerce, des agents de change et des commissionnaires*, 1868, 1 vol. in-8°; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 3e éd., 1879, 8 vol. in-8°; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, 1879-188..., en cours de publication. — Indiquons enfin qu'un ouvrage spécial sur les courtiers est actuellement en voie de préparation, qui doit faire partie de la *Bibliothèque juridique contemporaine*, éditée par M. E. Thorin, et dont les deux premiers volumes (*Traité des assur. marit.* de M. A. Droz) ont paru en 1881.

Page 194, note 210, suite. — Ajouter immédiatement avant le dernier alinéa de cette page, commençant par le mot Remarquons : On pourra consulter enfin, dans le même ordre d'idées, un jugement du Trib. civ. de Chartres du 10 fév. 1882 (*Gaz. Trib.* du 23 avril suivant, p. 399, col. 3 *in init.*), qui statue que le règlement disciplinaire dressé par une chambre d'huissiers étant dépourvu de sanction légale, ne peut créer entre les membres de la corporation auxquels il s'applique, d'autres liens que ceux d'une obligation morale, dépourvue de tout effet civil.

DROIT ROMAIN.

Page 207, note 4, suite. — Une quatrième édition de l'ouvrage de M. Willems a paru au cours de l'impression du nôtre. — Nous renverrons spécialement au chapitre qui traite *Des fonctionnaires impériaux* (*Dignitates et administrationes*) et des *Officiales*, pp. 552 et suiv. — Le savant auteur belge est également en voie d'éditer un ouvrage sur *Le Sénat de la République romaine*, dont le tome Ier, paru en 1878, fait impatiemment désirer le second. Nous y avons puisé, *passim*, de très-utiles renseignements.

Page 209, note 10. — Sur la *renuntiatio*, voy. M. L. Lange, *De mag. Rom. renuntiatione et de centuriatorum comitiorum forma recentiore;* Leipzig, 1879.

Page 213, note 15. — Sur le contenu de cette note, voy. Loyseau, liv. I, chap. XI, nos 23 et suiv.

Page 218, note 17, suite. — Ajouter à la fin du 1er alinéa : Consulter enfin M. Boissier, *Elections à Rome vers la fin de la République* (*Revue des deux Mondes*, livr. du 1er mars 1881).

Page 224, note 19, suite, lignes 40 et 41. — Consulter, sur le différend entre César et le Sénat, MM. F. de Coulanges, *La question de droit entre César et le Sénat* (*Journal des Savants*, juillet 1879), et V. Duruy, mémoire sur *Le Différend entre César et le Sénat* (*Travaux de l'Acad. des sciences morales et politiq.*, séances des 23, 30 août, et 6 sept. 1879).

Page 228, note 22. — Joindre aux sources auxquelles nous renvoyons relativement aux *leges de ambitu*, et à la brigue en général : Troplong, *Les élections consulaires à Rome*, dans la *Revue contemporaine*, Paris, 1856, pp. 257-482; Roulez, *Sur les mœurs électorales de Rome*, Gand, 1858; Rein, *Ambitus*, dans la Pauly's Real-Encycl., t. I; Pardon, *Le pouvoir du peuple à Rome et son influence sur l'ambitus* (en allemand), Berlin, 1863; M. Cohn, *Contribution au droit d'association chez les Romains* (en allemand), Berlin, 1873.

Page 249, note 3, suite, *in fine*. — Voir encore, sur le sens du mot *Provincia*, M. E. Person, *Essai sur l'administration des provinces romaines sous la République;* Paris, Thorin, 1878.

Page 258, note 5, suite, 3e alin. — Ajouter à la liste des auteurs auxquels nous renvoyons sur le *Præfectus Urbi*, le nom de Felix Contelorius, dont l'étude est insérée dans le *Novus thesaurus antiquitatum Romanarum congestus ab Alberto Henrico de Sallengre* (Hagæ Comitum, apud Henricum Du Sauzet, 1716, t. I, coll. 509 et suiv.), sous le titre Felicis Contelorii protonotarii Apostolici *De Præfecto Urbis Liber*.

Page 282, note 17, suite, fin du 1er alin. — On consultera également le fruit le très-remarquable discours prononcé par M. le Procureur général Humbert, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour des Comptes 4 novembre 1879, sous ce titre : *Des origines de la comptabilité chez les Romains;* Paris, imp. nat., 1880. — Cette précieuse étude sur le régime financier de Rome n'embrasse malheureusement que la période républicaine, et laisse ardemment souhaiter aux amis de la science son prochain complément.

Page 299, note 32, suite, 2e alinéa, ligne 22. — Consulter, sur l'influence pernicieuse des *libertini* sur les empereurs : Tacit., *Hist.*, I, 7 ; Suet., *Galba*, 15; Spartian., *Hadrian.*, 21; Dio Cass., LIX, 7.

Page 301, note 35, suite, lignes 23 *in fine* et 24.— Après ces mots : (cité par Loyseau, *op. cit.*, avant-propos, n° 6), ajouter : et liv. III, chap. IV, n° 14.

Page 349, note 142, suite, ligne 25. — Voy., sur l'édit de Dioclétien que nous citons à cette note, Schmidt : *Un nouveau fragment de l'édit de Dioclétien De pretiis* (trad. grecque trouvée à Livadia); *Mittheil des d. arch. inst. in Athen.* 5e année, fascicule 1.

Page 378, note 34.— Aux exemples cités dans lesquels on voit le mot *cingulum* appliqué aux charges civiles, joindre le suivant : *in cingulis esse civilibus*, locution bien topique employée par Justinien au début de la *præfatio* de sa Novelle XCV, pour désigner un officier de la *militia urbana*.

Page 380, note 34, suite, lignes 14 *in fine* et suiv. — L'expression *militiam sortiri* se rencontre dans les textes du Code comme synonyme de celle par nous indiquée, et, comme elle, signifie obtenir une charge, en être pourvu. (Voy. Const. 2, *De præpos. agent. in reb.*, et Const. unic., *De mensor.*, C. Just., XII, 21 et 28.)

Page 383, note 42. — Sur les privilèges de vétérance accordés à la *militia civilis*, par imitation de ce qui se passait dans la *militia armata*, comp.. dans Loyseau, liv. I, chap. IX, les nos 59, 60, 61, 65 et 66.

Page 386, note 8, suite. — Ajouter aux auteurs auxquels nous renvoyons à la fin de cette note, M. le Bon Desazars, *L'organisation administrative et judiciaire de l'empire romain sous les empereurs byzantins*, dans la *Revue générale du droit*, 1881, pp. 418 et suiv.

Page 387, note 13. — Ajouter à cette note : Consulter, sur le fonctionarisme impérial, M. G. Kretschmar, *Ueber das Beamtenthum der romischen Kaiserzeit* (*Academische Antrittsrede geh. am* 11 *Jan.* 1879 *in der Aula d. Universitat zu Giessen*), in-8° de 75 pages ; Giessen, Ricker, *Kritische Vierteljahrsschrift*, III, 2.

Page 391, note 17, suite. — Après l'indication de l'heureuse expression de Chaix-d'Est-Ange, ajouter : Procès en diffamation par Armand Marrast,

Président de l'Assemblée nationale, C. Saint-Genez et Pommier, du journal l'*Assemblée nationale;* Cour d'assises de la Seine, audience du 3 mai 1849.

Page 413, note 63, suite, 2e alinéa *in fine.* — Voy. sur le *Magister sacrarum cognitionum* la savante étude de M. E. Cuq, prof. à la faculté de droit de Bordeaux, *De quelques inscriptions relatives à l'administration de Dioclétien*, publiée dans le fascicule 21 de la *Bibliothèque des Ecoles Françaises d'Athènes et de Rome*, pp. 75 et suiv.

Page 452, note 45. — Sur l'origine du ministère public, voy. M. E. Garsonnet, *Cours de procédure*, 1re partie, § LXX, pp. 273 et suiv.

- Pages 460 et suiv. — Sur l'incapacité générale des femmes, consulter M. E. Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes, depuis les Romains jusqu'à nos jours*, pp. 72 et suiv., Paris, Durand, 1843.

Page 467, note 88. — Sur le Sénatus-consulte Velléien, on pourra également consulter les thèses de doctorat de MM. E. Clair, E. Salvat et Pieyre, 1876 et 1877.

Pages 530 et suiv. — Relativement aux droits des créanciers sur les *militiæ venales* de leurs débiteurs, consulter M. A. Jourdan, *Etudes de dr. rom.; L'hypothèque*, Paris, A. Marescq aîné, et Aix, Ach. Makaire, 1876, 1 vol. in-8°; on trouvera, à la *Table des textes*, le renvoi au commentaire d'un bon nombre de lois par nous citées; voir spécialement, sur l'hypothèque des milices, p. 245, texte et note 6. Voy. aussi, sur ce même sujet, Loyseau, liv. III, chap. v, nos 7 à 16 inclus.

Page 547, note 78. — Observation sur le chapitre II de la Novelle CXXXVI de Justinien : — Nous avons omis de faire remarquer que le texte que nous donnons à plusieurs reprises, et notamment dans cette note 78, de la phrase de cette Novelle : « *Nisi manifestissime ab ipsis comprobetur, quod vel ex maternis filiorum bonis, vel ex principali largitate* MILITIA *ipsis accesserit* », n'est pas conforme à la leçon courante. Les meilleures éditions, celle de D. Godefroy notamment, portent MILITIÆ et non MILITIA. Quant à nous, si nous avons cru pouvoir nous écarter de cette lecture, c'est d'abord qu'elle ne nous a pas semblé compréhensible; c'est, en second lieu, et surtout, qu'elle est contraire au texte grec, qui parle formellement au nominatif, ἡ στρατεία, et non au génitif. La désinence du verbe ACCESSERIT prouve aussi que la leçon que nous critiquons, *militiæ*, n'indique pas un nominatif pluriel. Ce n'est pas à dire que, même avec notre correction, la phrase du traducteur soit encore d'un latin bien élégant..... loin de là !

Page 567, note 134. — Voy. encore M. G. Barrilleau, *Des donations à cause de mort*, 1878.

Page 600, note 13. — Sur le rapport, voy. aussi M. P.-J.-T. Baneat, *De la théorie des rapports en droit romain et en dr. fr.*, thèse de doctorat, 1879.

Page 618, note 2 *in fine*, 2°. — Consulter également, en ce qui concerne les notaires, M. Viard, *Etude sur les origines du notariat*, 1877; M. Brest, *Des origines du notariat*, 1879; voy. de même M. Favard de Langlade, *Opinion : 1° Sur l'origine et l'établissement des notaires; 2° Sur le caractère, les fonctions et les attributions des notaires ;* 1877.

Page 638, note 54, dernier alinéa. — Sur les *scribæ armamentari* comp. M. E. Saglio, en son *Dict.*, v° ARMAMENTARIUM, II, où il est dit, que sous l'empire, le personnel des *Armamentaria*, arsenaux ou dépôts d'armes, « comprenait... des employés chargés de la comptabilité, *scribæ armamentarii* (cf. Senec., *De trans. an.*, 3., 5 : « *Qui armamentario præest... in numerum stipendiorum vescit.* »), placés sous la direction de l'ARMORUM CUSTOS ou du MAGISTER OFFICIORUM. »

Page 657, note 146. — Sur le titre des Institutes auquel nous renvoyons, et sur la matière de la représentation judiciaire en droit Romain, voy. M. Accarias, *op. cit.*, t. 2, pp. 1281 et suiv. — Joindre également aux sources indiquées dans cette note, le travail récent de M. F. Eisele, *Cognitor und Procuratur. Untersuchungen zur Geschichte der prozessualen Stellvertretung*, Fribourg-en-Brisgau, Mohr, 1881, 1 vol. gr. in-8°, VII-252 pages.

Pages 661 et 663, notes 162 et 169. — Voy., sur la matière des promesses et satisdations exigées des plaideurs, M. Accarias, *op. cit.*, t. 2, pp. 1290 et suiv.

Page 675, note 223. — Sur les *atria auctionaria*, voy. M. E. Saglio, en son *Dict.*, v° ATRIUM *in fine*.

Page 680, note 245. — Sur la *centesima auctionum* ou *rerum venalium* — et sur la *quinta et vicesima venalium mancipiorum*, voy. M. Vigié, *Impôts sur les transmissions à titre onéreux*, dans la *Revue générale du droit*, 1881, pp. 198 et suiv. — Les deux ouvrages les plus récents à notre connaissance sur les impôts indirects chez les Romains sont ceux de MM. H. Naquet, *Des impôts indirects chez les Romains sous la République et sous l'Empire*, Paris, 1875, in-8°, et R. Cagnat, *Etude historiq. sur les impôts indirects chez les Romains jusqu'aux invasions des barbares*, Paris, imp. nat., 1882, gr. in-8°, E. Thorin, éd.

Page 686, note 259. — Sur *Les banques dans l'antiquité*, voy. l'étude de M. Bernardakis, dans le *Journal des économistes*, 1881. — Notons ici, puisque l'occasion s'en présente, que la profession d'*argentarius* ne jouissait pas, aux yeux des Romains, d'une très-haute considération. (Voy., en particulier, Suet., *Oct. Aug.*, 3, et Aurel. Vict., *De vir. illustr.*, 72.)

Page 690, note 5. — Au nombre des thèses de doctorat dont il est question dans cette note, l'une des plus récentes est celle de MM. Fauneau, *Des pécules du fils de famille*, 1880.

ERRATA ET FAUTES D'IMPRESSION

DU PREMIER VOLUME (1).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES :

I. — Partout où se rencontreront ces mots : *Nouvelle biographie générale*, lire *Nouvelle biographie universelle*, publiée par Didot sous la direction du Docteur Hœfer. Cette observation, toutefois, ne s'applique qu'aux sept premiers volumes de la collection. Ce n'est qu'à partir du tome 8 que la nouvelle biographie *universelle* est devenue la nouvelle biographie *générale* par suite de la réclamation des propriétaires de la biographie universelle de M. Michaud.

II. — Nous devons faire observer, au sujet du *Recueil des anciennes lois françaises* d'Isambert, qu'une erreur de tomaison par le relieur de notre exemplaire nous a fait commettre et répéter, mais seulement au cours de notre *Introduction générale*, une méprise dans les citations. Les tomes 1 à 11 inclus sont bien numérotés. L'erreur ne commence qu'à partir du tome 12, que le relieur a divisé en deux, et qu'il a numérotés 12 et 13, ce qui, dans l'exemplaire cité, donne un volume de plus à la collection. — Le vrai tome 13 d'Isambert commence au 9 avril 1546, règne de Henri II, et porte chez nous le n° 14. Il en résulte que, dans tous nos renvois à cet ouvrage, dans notre *Introduction générale*, il faut toujours, à partir de l'indication du tome 13, reculer d'un chiffre. — Exemple : p. 141, note 152, 8e ligne, au lieu de : t. 21, lire : t. 20.

INDICATIONS PARTICULIÈRES :

Page 3, note 9, ligne 21 *in fine*, *Enchiridium*, lisez : *Enchiridion*.

Page 7, note 16, ligne 2 *in fine*, au lieu de : les bons office, lire : les bons offices.

---

(1) Nous n'avons pas la prétention d'avoir relevé tous les *errata*, toutes les fautes d'impression, tous les défauts de ponctuation ou d'accentuation, répétitions ou omissions de signes, tels que parenthèses ouvertes et non fermées, ou *vice versa*, crochets, traits, guillemets, etc., qui se peuvent rencontrer dans ce volume. Nous signalons seulement ici ceux qui nous ont paru les plus importants, ou qui, non indiqués, pourraient modifier le sens de la phrase, soit parce qu'ils s'y trouvent, soit parce qu'ils y manquent, ou altérer les dates.

Page 10, note 22, ligne 15 *in fine*, au lieu de : *Dr. rom.*, § 1, lisez : *Dr. r*: chap. I, § 1er.

Page 11, note 22, suite : lire après *Dr. rom.*, chap. I.

Page 11, note 23, ligne 4 *in init.*, au lieu de : L. 16, lire : L, 16.

Page 15, note 30, suite, ligne 6 *in fine ;* fermer les guillemets après mot ordre. »

Page 18, note 43, ligne 2 *in fine*, au lieu de : Πραγ ατικοί, lire : πραγματ

Page 21, note 44, suite, ligne 5 *in fine*, au lieu de : *nuncv ideamus*, lire : *nunc videamus*.

Page. 22, 1re ligne du texte, au lieu de (huissiers), lire (sorte d'huissiers).

Page 30, note 58, suite, dernier alinéa, ligne 7 *in fine*, au lieu de D., L. 5. lire : D., L, 5.)

Page 33, note 59 *in fine*, ligne 16, au lieu de : que notre ancien droit désignait, lire : que désigne notre droit moderne, postérieur à 1789.

Page 47, note 85, ligne 4, au lieu de : (section II, art. 1), lire : (titre 1er, section II, art. 1).

Page 49, note 88. — Partout où, dans le cours du volume, on rencontrera le nom Favart, terminé par la lettre *t*, le remplacer par Favard, terminé par la lettre *d*.

Page 63, note 107, suite, ligne 26 *in init.*, au lieu de : a même affaire, lire : la même affaire.

Page 78, note 112, suite, ligne 12 *in fine*; fermer la parenthèse après *actes notariés*, et lire : *actes notariés*).

Page 81, note 112, suite, ligne 5 *in fine*, au lieu de : conformémen, lire : conformément.

Page 85, note 112, suite, ligne 40, au lieu de *table alphab. 22 des années*, lire : *table alphab. des 22 années*.

Page 94, note 116, suite, avant-dernière ligne, au lieu de : que cet huissier a signifiés. d'après...., lire : que cet huissier a signifiés, d'après....

Page 96, note, 1er alin., lignes 2 *in fine* et 3, au lieu de : et Gilbert, C. de pr. ann., art. 60, nos 31 et suiv., lire : et Gilbert, *C. de pr. civ. ann.*, supplément, art. 60, nos 12 et suiv.

Page 101, note 118, ligne 7 *in init.*, au lieu de : *notair.*, lire : *notar.*

Page 105, note 121, suite, dernière ligne, au lieu de : les peines différents, lire : les peines diffèrent.

Page 113, note 133, suite, ligne 4 *in fine*, lire : art. 92 et 97.

Page 116, note 133, suite, ligne 34, au lieu de : nous trouvons ici l'occasion de mentionner pour mémoire, lire : nous trouvons ici l'occasion de mentionner, pour mémoire,

Page 119, note 137, lignes 7 et 8, au lieu de : que plusieurs arrêts rapportés par Basnage (*Traité des hypothèques*, chap. x) attestent...., lire : que Basnage (*Traité des hypothèques*, 1re partie, chap. XIV) atteste....

Page 119, note 137, ligne 11, au lieu de : exprimait un sentiment conforme à celui qui ressortait de ces arrêts, lire : avait déjà exprimé un sentiment conforme à celui de ce jurisconsulte.

Page 121, note 137, suite, ligne 43 *in fine ;* fermer la parenthèse après C. civ., et lire : (art. 2095, C. civ.).

Page 129, note 139, suite, ligne 21 : après chapitre XIV, toute la phrase qui se trouve entre [ ], commençant ainsi : Ce chapitre, et finissant par : de la créance, à été imprimée par erreur; elle doit, en conséquence, être supprimée, et tenue pour non écrite.

Page 129, note 139, suite, ligne 25, au lieu de Gouget, *Traité des décrets...*, lisez : *Traité général des criées et décrets*, Paris, 1616 ou 1629, in-8°.

Page 130, note 139, suite, ligne 10 *in fine*, au lieu de : d'un fait qualifié crime ou, lire : d'un fait qualifié crime, ou....

Page 175, note 201, 2e alin. *in init.;* le passage des *Règlements du Conseil* de Tolosan, auquel nous renvoyons, se trouve aux pages 760 et suiv. de l'édition de Paris 1786.

Page 180, note 204, lignes 2 *in fine* et 3, au lieu de : Loi 21 ventôse an XII, art. 25 et suiv., lire : loi 22 ventôse an XII, art. 26 et suiv.; — ligne 3, au lieu de : loi 2 juillet 1812, lire : Décret 2 juillet 1812.

Page 184, note 205, ligne 2 *in med.*, au lieu de : sont assistés, lire : sont assistées.

Page 186, note 206, 3e alinéa, ligne 3 *in init.*, au lieu de : leurs corporations, lire : leur corporation.

Page 187, note 206, suite, ligne 12 *in init.*, au lieu de : absoluement, lisez : absolument; — ligne 31, au lieu de : *timbres*, lisez : timbre ; — ligne 48, au lieu de : cinquante-sept, lisez : cinquante-neuf.

Page 190, note 207, ligne 12 *in init.*, au lieu de : par le 18 vendémiaire de l'an IV, lire : par le décret du 28 vendémiaire de l'an IV.

Page 206, note 4, ligne 29 *in fine*, au lieu de : 2e éd., D1, pp. 133, lire : 2e éd., II1, pp. 133.

Page 210, note 12. — La phrase finale de cette note a été tronquée lors du tirage, et, dans sa rédaction actuelle, elle nous fait commettre une erreur; elle doit être ainsi restituée : *L'institution existait, il n'y a pas encore longtemps, pour les juges de nos tribunaux de commerce.* — Il n'en est plus, en effet, question aujourd'hui, depuis la loi du 21 décembre 1871. Ce fut l'art. 7 du décret du 6 octobre 1809, qui la requit pour la première fois (Devill. et Car., *Lois ann.*, 1re série, p. 803); car elle n'existait pas plus pour les juges consulaires, dans notre ancien droit (voy. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1771, mot CONSULS, n° 18), qu'elle n'était exigée par le titre XII du décret des 16-24 août 1790 (Devill. et Car., *ubi supra*, p. 55), bien qu'un avis du Conseil d'Etat du 28 prairial an VIII = 17 juin 1800 ait, à tort, déclaré que les juges ou arbitres de commerce ne pouvaient entrer

en fonctions sans être institués par le premier Consul (Iid., *eod.*, p. 32, col. 1). L'art. 3 du décret du 28 août 1848 la supprima (Iid., *eod.*, 3e série, p. 126, col. 1). Elle fut ensuite rétablie par l'art. 2 du décret du 2 mars 1852 (Iid., *eod.*, 1852, p. 67, col. 1), qui fut à son tour abrogé par l'art. 1er de la loi précitée de 1871 (Iid., *eod.*, 7e série, p. 148). — En conséquence, les membres des tribunaux de commerce, une fois élus, n'ont pas à demander l'installation au Président de la République (Circ. minist. du 5 janvier 1872, rapportée dans le *Recueil* de MM. Gillet et Demoly, t. 2, p. 404).

Page 263, ligne 6, au lieu de : dernier échelon, lire : l'échelon le plus élevé.

Page 263, ligne 40, dernier mot, au lieu de : ingnorée, lire : ignorée.

Page 279, ligne 34 *in init.*, au lieu de : (C. ANN.), lire : (T. ANN.).

Page 280, note 16, au lieu de : Hottenrott, lire : Hottenroth.

Page 351, 1re ligne de la note, au lieu de : tracer de cet empereur, lire : tracer de la vie de cet empereur.

Page 392, note, ligne 8, fermer la parenthèse après 16, et avant au reste.

Page 397, note 23, avant-dernière ligne, au lieu de : = *clarissimas juvenis*. lire : = *clarissimus juvenis*.

Page 397, note 23, avant-dernière ligne, la lettre Q qui n'est qu'un P à l'envers, doit être rehaussée.

Page 403, note 39; effacer, à la ligne 9, *claritas tua*, qui se trouve répété à la ligne 11.

Page 444, note 17, 3e ligne *in fine*, lire : *militiæ* au lieu de *nilitiæ*.

Page 458, note 59, ligne 16, au lieu de : Const. 3 etc..... VII, 10, lire : VII, 9.

Page 464, texte, [illegible]nt-dernière ligne, au lieu de : témoins, lire : témoin.

Page 513, texte, [illegible]gne 27, au lieu de : ce mode, le plus en honneur de la transmission, lire : ce mode, le plus en honneur, de la transmission.

Page 604, lignes 13 et 14, au lieu de : tout au commencement du VIe, lire : tout à la fin de ce siècle.

Page 648, ligne 6, au lieu de : coufusion, lire : confusion.

Page 656, ligne 1re, au lieu de : par le proit, lire : par le droit.

Page 663, note 169, ligne 2, au lieu de : *hobiturum*, lire : *habiturum*.

Page 671, épigraphe, au lieu de : *Nil novi sub sole*, lire : *Nil sub sole novi*

Page 684, ligne 6, troisième mot, au lieu de : attermoiements, lire : atermoiements.

Ex. RS. 12/11/22

Bar-le-Duc — Typ. L. PHILIPONA et Ce — 910.